



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 8 de febrero de 2017.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Granadilla de Abona en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio iniciado por (...), sobre la posible nulidad de pleno derecho de un acto por el que el Área de Padrón de Habitantes concede el cambio de empadronamiento de sus hijos menores sin mediar mutuo acuerdo (EXP. 474/2016 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, (Registro de Entrada en el Consejo Consultivo de Canarias el 27 de diciembre de 2016), es la Propuesta de Resolución culminatoria de un procedimiento de revisión de oficio, iniciado el 4 de octubre de 2016 mediante Decreto de Alcaldía, con objeto de declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo de cambio empadronamiento de los hijos del afectado sin su consentimiento ni conocimiento.

2. La legitimación del Sr. Alcalde de Granadilla de Abona para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo 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. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. En el acto administrativo, según los documentos obrantes en el expediente de revisión de oficio, podrían existir hechos y circunstancias de las que se deduce la

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

existencia de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 47.1.e) LPACAP, que dispone que son nulos de pleno derecho los actos *dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*.

4. El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte, por lo que el plazo para resolver el procedimiento es de 6 meses. Transcurrido el mismo, se entenderá desestimado por silencio administrativo.

II

Constan en el expediente los siguientes documentos:

- Certificado expedido por la Concejala Delegada de 6 de mayo de 2015, sobre el cambio de domicilio de (...) y sus dos hijos menores.

- Certificado emitido por el Secretario Accidental del Ayuntamiento de Granadilla de Abona de fecha 5 de mayo de 2015, indicando que (...), y sus hijos menores figuran inscritos en el domicilio calle (...).

- Hoja de inscripción o modificación del Padrón Municipal de habitantes.

- Certificado emitido por el Secretario Accidental del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, de fecha 5 de mayo de 2015, sobre la inscripción como residente en el Padrón Municipal de Habitantes del citado Ayuntamiento del interesado, padre de los menores, inscrito con domicilio en calle (...).

- Sentencia de 27 de junio de 2013, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2, sobre un procedimiento de familia divorcio contencioso.

- Libro de Familia.

- Denuncia presentada por el interesado ante la Guardia Civil el 20 de octubre de 2014.

- Escritos presentados por el interesado solicitando la declaración de nulidad o de anulabilidad del acto de inscripción padronal ante la Corporación Local implicada, en fechas 14 y 25 de mayo de 2015.

- Escrito del Concejal Delegado de fecha 7 de octubre de 2015.

- Instancia presentada por (...).

- Escrito de queja presentado por el afectado ante el Diputado del Común.

- Contestación del Concejal Delegado de Régimen Interior a las solicitudes presentadas por el afectado, de fecha 24 de febrero de 2016.

- Diligencia de Ordenación sobre el escrito de demanda de recurso contencioso-administrativo presentado por el afectado contra el Ayuntamiento de Granadilla de Abona, de 14 de abril de 2016, por la denegación por silencio administrativo de la solicitud de revisión de oficio del acto de inscripción en el padrón municipal de los menores sin el consentimiento del padre.

- Informe aclaratorio del Sr. Alcalde-Presidente, de fecha 15 de junio de 2016, dirigido al Diputado del Común.

- Informe del Servicio Administrativo de Defensa Jurídica y Cooperación Jurídica Municipal del Cabildo Insular de Tenerife, de 3 de octubre de 2016.

- Informe de Secretaría de 3 de octubre de 2016, en virtud del cual se propone iniciar el procedimiento de revisión de oficio.

- Decreto de Alcaldía de 4 de octubre de 2016, mediante el que figura el Acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio. Acuerdo que notificado a los interesados a efecto de que presenten las alegaciones y sugerencias que estimen por conveniente. Por lo que el afectado presenta escrito de alegaciones en el que, particularmente, solicita la nulidad de pleno derecho de la resolución adoptada y modificación del empadronamiento de sus hijos a su estado anterior, en el que fuera el domicilio familiar antes del divorcio. Por lo demás, la madre no presenta escrito.

- Instancia presentada por la hija del afectado, ya mayor de edad.

- Informe Propuesta de Resolución de 14 de noviembre de 2016.

III

1. En la Propuesta de Resolución la instructora, tras realizar un análisis de los elementos probatorios existentes en el expediente, considera que efectivamente no procedía realizar el cambio de domicilio de los menores sin el consentimiento de ambos progenitores.

2. El art. 106 LPACAP, no contempla un procedimiento específico a seguir en los expedientes de declaración de nulidad, por lo que habrán de entenderse aplicables las normas recogidas en el Título IV de dicho cuerpo legal denominado «de las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común», si bien con la especialidad recogida en el citado precepto de que será preceptivo el previo

dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda. De este modo, siguiendo el procedimiento descrito en el referido Título IV, se pueden señalar como trámites comunes para proceder a la revisión de oficio, el acuerdo de iniciación, el nombramiento de instructor, la sustanciación de actuaciones que se consideren precisas para la debida instrucción del procedimiento, la práctica de pruebas que resulten pertinentes para acreditar los hechos relevantes en la decisión del mismo y los informes que se estimen necesarios, la audiencia de los afectados y la propuesta de resolución como paso previo a la emisión del dictamen del Consejo Consultivo y a la formulación de la resolución pertinente. A la vista de la tramitación realizada, tal y como se desprende del Decreto de Alcaldía, puede concluirse afirmando que se ha dado cumplimiento a los trámites esenciales de procedimiento.

3. La Administración actuante incoa el procedimiento de revisión de oficio a instancia de parte basando su pretensión en el art. 47.1.e) LPACAP, en virtud del cual son nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal y como se desprende del informe del Servicio Administrativo de Defensa Jurídica del Cabildo Insular de Tenerife al indicar «es nulo de pleno derecho por cuanto se omitió un trámite preceptivo y esencial».

La Propuesta de Resolución entiende que procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo consistente en el cambio de empadronamiento de (...) y (...), sin el consentimiento del padre. Por lo que procedería retrotraer la situación existente al momento anterior al cambio de empadronamiento de ambos hijos del interesado.

4. En el presente caso ha resultado acreditado en virtud de los certificados obrantes en el expediente el cambio de empadronamiento de los menores practicado por el Ayuntamiento de Granadilla de Abona, sin el conocimiento ni consentimiento del progenitor reclamante.

El informe del Servicio de Atención al Ciudadano (SAC), sobre el procedimiento realizado el día 20 de marzo de 2014, respecto al cambio de domicilio de los menores, confirma la falta de consentimiento del padre en la práctica del cambio de domicilio al indicar, entre otras, que la madre «presenta el contrato de alquiler, libro de familia, documentos de identidad y sentencia de convenio regulador. También indica que la patria potestad y la guarda y custodia es compartida; que en dicho convenio regulador no está fijado el domicilio concreto de los menores (...) se recoge la correspondiente hoja patronal firmada por la madre».

El afectado alega en su escrito que en los supuestos en los que los periodos de convivencia estén equilibrados serán los padres de mutuo acuerdo los que elijan el domicilio en el que deberán de estar empadronados los menores, y, en el caso de no mediar acuerdo entre los titulares de la patria potestad será el Juez el que resuelva. Sin que se haya observado alguno de los requisitos anteriormente descritos lo que ha supuesto un perjuicio para el afectado.

5. La Sentencia que determina el divorcio contencioso de ambos progenitores establece el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad. Esta guarda y custodia compartida es equilibrada estableciendo la necesidad de acuerdo entre ambos progenitores para el cambio de centro escolar de los menores pero sin que se pronuncie sobre los requisitos necesarios para el cambio de empadronamiento.

6. El informe aclaratorio del Alcalde de la Corporación Local solicitado por el Diputado del Común señala que la Sentencia no se pronuncia de manera específica sobre el progenitor a quien le corresponda decidir el domicilio a efectos de empadronamiento. Sin embargo, cuando el padre solicita nuevo cambio en el empadronamiento de los menores, para lo que se confirió audiencia a la madre, que se opuso, no se otorgó ese cambio instándose al reclamante a que solicitase de la autoridad judicial pronunciamiento expreso sobre la cuestión.

7. El Concejal Delegado hace referencia en su escrito a la Resolución de 16 de marzo de 2015 por la que se hace pública la Resolución de 30 de enero de 2015, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, publicada el 24 de marzo de 2015, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal en relación al empadronamiento de los hijos, que establece:

«(...) en los supuestos de guarda y custodia de menores compartida por ambos progenitores en periodos de tiempo muy equilibrados, si la sentencia judicial por la que se fija la misma no se pronuncia sobre el lugar de empadronamiento, el Ayuntamiento, siempre que sea conecedor de la situación, exigirá prueba documental de que existe mutuo acuerdo entre los progenitores antes de tramitar cualquier modificación del domicilio del menor y, en caso de que no se pueda acreditar el mutua acuerdo, exigirá la presentación de una resolución judicial que se pronuncie expresamente sobre el empadronamiento, y no llevar a cabo la modificación en tanto no se aporte alguno de los documentos anteriores».

8. Finalmente, el informe del Servicio Administrativo de defensa jurídica y cooperación jurídica municipal del Cabildo Insular de Tenerife indica la conveniencia de iniciar el procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo al considerar el acto que se analiza nulo de pleno derecho.

IV

1. La nulidad absoluta, radical o de pleno derecho constituye el grado máximo de invalidez de los actos administrativos que contempla el ordenamiento jurídico, reservándose para aquellos supuestos en que la legalidad se ha visto transgredida de manera grave, de modo que únicamente puede ser declarada en situaciones excepcionales que han de ser apreciadas con suma cautela y prudencia, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva. Estas cualidades que han de acompañar al ejercicio de la potestad revisora responden a la necesidad de buscar un justo equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, que postula el mantenimiento de derechos ya declarados y el de legalidad, que exige depurar las infracciones del ordenamiento jurídico.

Se caracteriza la figura de la nulidad de pleno derecho por ser apreciable de oficio y a instancia de parte, por poder alegarse en cualquier tiempo, incluso aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la condición de firmeza por haber transcurrido los plazos para recurrirlo, sin sujeción por tanto a plazo de prescripción o caducidad, por producir efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen y no desde que la nulidad se declara y por ser insubsanable, no resultando posible su convalidación. Así, queda reservada la nulidad para la eliminación de actos que contienen vicios de tal entidad que trascienden el puro interés de la persona sobre la que inciden los efectos de los mismos y repercuten sobre el orden general, resultando ser «de orden público», lo cual explica que pueda ser declarada de oficio tanto por la Administración como por los Tribunales, debiendo hacerse tal pronunciamiento de forma preferente, en interés del ordenamiento mismo.

2. Por lo que a la causa de nulidad invocada se refiere, el art. 47.1.e) LPACAP contempla un supuesto de infracción procedimental que provoca la nulidad de pleno derecho. De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el motivo de prescindir absolutamente del procedimiento establecido no hace referencia a todos aquellos actos que sean dictados incurriendo en un vicio procedimental -actos que por regla general serán simplemente anulables- sino solo a aquellos cuya omisión haya tenido lugar con olvido total del procedimiento legalmente establecido. Este

olvido total y absoluto del procedimiento establecido tampoco se identifica en todos los casos con la ausencia de todo procedimiento, pues normalmente se produce un cierto *iter* procedimental, por rudimentario que éste sea, en el actuar de los órganos administrativos. Hay que referirla pues no sólo al supuesto en que el acto se produce sin la instrucción previa de procedimiento alguno sino también a la omisión de los trámites esenciales, integrantes de un procedimiento determinado, y a aquellos casos en que la Administración ha observado un procedimiento total y absolutamente distinto al concreto establecido en la Ley (SSTS de 21 de marzo de 1988, 29 de junio de 1990, 31 de enero de 1992, 28 de diciembre de 1993, 15 de junio de 1994, 17 de noviembre de 1998, 17 de marzo de 2000, entre otras).

3. En congruencia con el carácter excepcional que, como se ha indicado, debe presidir la aplicación de la regulación de las nulidades de pleno derecho, la apreciación de la existencia de la causa de nulidad aludida debe realizarse igualmente con sumo rigor, pues de lo contrario podría cobijar cualquier infracción legal que afectaría a actos declarativos de derechos.

4. El padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio, su inscripción es obligatoria en los términos indicados en la norma. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones expedidas obrantes en el expediente sobre dichos datos administrativos tienen carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos.

Razón por la que el padrón municipal y las certificaciones que se emitan sobre el mismo trascienden del puro interés de la persona solicitante, afectando también en este caso a los derechos de los menores.

5. La complejidad del caso expuesto deriva de la minoría de edad de los hijos del interesado en el momento en el que se practica el cambio de domicilio exclusivamente por la madre sin intervención de la figura paterna, entrando en juego la institución de la representación legal de los menores para determinar qué progenitor sería competente para su ejercicio.

La filiación atribuye a los padres el conjunto de potestades en que consiste la patria potestad sobre los hijos sometidos a ella. Asimismo, la representación legal determina que sean los progenitores que ostenten la patria potestad sobre sus hijos menores, los que van a actuar en nombre de éstos para la realización de

determinados actos para los que carezcan de la capacidad legal necesaria, como es el cambio de domicilio.

La regla general es que la patria potestad se estructura como función dual o compartida del padre y de la madre. Ahora bien, en el presente caso la titularidad y el ejercicio de la misma sobre los menores no emancipados se atribuye por el Juez en la sentencia de divorcio a ambos progenitores de forma conjunta.

6. Con estos antecedentes procede analizar si el cambio de domicilio podía haberse efectuado por uno sólo de los progenitores o, por el contrario, se exigía el consentimiento de ambos. Sobre esta cuestión el artículo 156 del Código Civil establece:

«La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro».

No concurriendo ninguna de las circunstancias que establece este artículo del Código Civil para excepcionar la actuación conjunta de los padres en el ejercicio de la patria potestad, así como tampoco se puede presumir un consentimiento tácito del padre por lo que puede considerarse que para el cambio de domicilio en el padrón municipal se requería el consentimiento de ambos padres. De no alcanzarse éste, y en el caso sobre el que se dictamina, resulta de aplicación la citada Resolución del INE. Según ésta, si el Ayuntamiento era conocedor de la situación derivada de la sentencia de divorcio, debió haber exigido prueba documental del mutuo acuerdo de los padres para proceder a la modificación del Padrón, y de no acreditarse éste, requerir la resolución judicial que dirima sobre el disenso, absteniéndose entre tanto de proceder al nuevo empadronamiento.

No consta en el expediente que al tramitar el procedimiento de modificación en el Padrón el Ayuntamiento conociera la circunstancia del divorcio de los padres; ya por ello resultaría descartable la aplicación de la Resolución del INE, con lo que el empadronamiento no podrá ser objetado jurídicamente.

7. En este procedimiento de revisión de oficio el Consejo Consultivo de Canarias ha de pronunciarse acerca de si ésta procede, por resultar encuadrable el acto administrativo del empadronamiento en la causa de nulidad radical del art. 47.1.e) LPACAP esgrimida por la Administración.

Nuestro análisis debe ceñirse a la causa de nulidad en la que se fundamenta la Propuesta de Resolución, la del apartado e) del art. 47.1 LPACAP, y si nuestro pronunciamiento es contrario a la revisión instada no cabrá declarar la nulidad del acto administrativo en cuestión.

8. El acto del empadronamiento tiene carácter meramente declarativo, y la Administración municipal se limita a comprobar que las personas interesadas, correctamente identificadas, residen efectivamente en la vivienda que se ha indicado. Estas circunstancias se acreditaron en el procedimiento tramitado al efecto, por lo que se manifestó una apariencia suficiente de residencia de esas personas en aquella vivienda, disponiendo así la Administración municipal de elementos para resolver a favor del empadronamiento solicitado. Por ello, incluso en el supuesto de que concurriera alguna irregularidad procedimental, no podría en el presente caso concluirse que se resolvió prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. No cabe, en consecuencia, declarar la nulidad de pleno Derecho del acto administrativo de empadronamiento al amparo de la causa de nulidad mencionada, y procede emitir dictamen desfavorable a la revisión de oficio instada.

C O N C L U S I Ó N

No concurriendo la causa de nulidad alegada por la Administración recogida en el art. 47.1.e) LPACAP, se informa desfavorablemente la revisión de oficio instada.