



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 8 de marzo de 2017.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de Arico en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 29 de septiembre de 2016 por el que se aprobó la moción relativa al enarbolamiento de la llamada «Bandera Nacional de Canarias» durante la semana del 22 de octubre de 2016 (EXP. 40/2017 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado preceptivamente por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Villa de Arico, a través de escrito con fecha de entrada en este Consejo Consultivo de 9 de febrero de 2017, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 29 de septiembre de 2016 por el que se aprobó la moción relativa al enarbolamiento de la denominada «Bandera Nacional de Canarias» durante la semana del 22 de octubre de 2016 (expediente municipal 693/2016).

2. La legitimación de la Alcaldesa para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del 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. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), puesto que el presente procedimiento se inició con posterioridad a la entrada en vigor de esta última.

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar lo contrario. Dicho de otro modo, el pronunciamiento de este Consejo ha de considerar ajustada a Derecho la Propuesta de Resolución, que en este concreto caso consiste, como se señaló, en la declaración de nulidad de pleno derecho del acto administrativo de enarbolamiento de la denominada «Bandera Nacional de Canarias» durante el periodo de tiempo ya indicado; procediendo la declaración de nulidad si el acto sometido a revisión incurre en las causas alegadas por la Administración.

3. La nulidad instada se fundamenta en el apartado b) del art. 47.1 LPACAP, al considerar la Administración actuante que se trata de un acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

Asimismo, esta revisión de oficio procede contra actos nulos que sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en las actuaciones obrantes en el expediente.

4. El procedimiento se inició de oficio mediante el Decreto de la Alcaldía 934/2016, de 20 de octubre de 2016; en consecuencia, de conformidad con el art. 106.5 LPACAP, la Resolución definitiva debe dictarse antes del 20 de abril de 2017, si se quiere evitar la caducidad del presente procedimiento.

5. De la documentación adjunta al expediente se deduce que contra el Acuerdo mencionado, cuya declaración de nulidad se pretende, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo por parte de la Administración General del Estado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife (procedimiento ordinario 340/2016), sin que le conste a este Consejo Consultivo que haya recaído Sentencia firme sobre este asunto.

II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, son los siguientes:

El día 20 de septiembre de 2016, la «Coordinadora 22 de octubre-Tenerife», presentó ante el Ayuntamiento el escrito correspondiente a una moción por la que se le solicitó a la Corporación Local, en primer lugar, que su Pleno « (...) reconozca la Bandera Nacional de Canarias que según se describe es blanca, azul y amarilla, con siete estrellas verdes, como uno de los símbolos colectivos del Pueblo Canario, expresión de las aspiraciones de libertad, hermandad y progreso de las gentes de las ocho islas, así como de los canarios y canarias del exterior, así como del legítimo derecho de nuestro pueblo a decidir su futuro»; y en segundo lugar, «Que en virtud

de este reconocimiento y cumpliendo con la legalidad vigente, la institución acuerde enarbolar, en un lugar destacado de su sede, la bandera nacional de Canarias durante la semana del 22 de octubre del presente año, con motivo de su 52 aniversario».

Esta solicitud dio lugar a que el Concejal del Grupo Político Municipal Mixto S.M.P., instruyera el expediente 147/2016 que finalizó con el Acuerdo del Pleno municipal de 29 de septiembre de 2016, por el que se aprueba íntegramente la moción presentada por la referida Coordinadora.

2. Con posterioridad, con fecha 18 de octubre de 2016 la Delegación del Gobierno en Canarias remitió al Ayuntamiento un oficio, al que se acompañó la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, de 10 de mayo de 2016, dictada en un asunto que guarda gran similitud con el ahora planteado.

El día 21 de octubre de 2016 se notificó a la Corporación Local el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, por el que se acordó suspender la decisión del Ayuntamiento de enarbolar la referida bandera, no deduciéndose del expediente que se haya incumplido este mandato judicial.

3. En cuanto a la tramitación del presente procedimiento, el mismo se inició, como ya se indicó anteriormente, mediante el Decreto de la Alcaldía 934/2016, de 20 de octubre de 2016.

Además, se otorgó el trámite de audiencia a los interesados y el 26 de octubre se procedió a la apertura del periodo de información pública, efectuándose la correspondiente publicación en el Boletín Oficial de la Provincia; pero, si bien en la Propuesta de Resolución se manifiesta que se emitió un informe acerca de las alegaciones efectuadas, lo cierto es que las mismas no figuran en el expediente remitido a este Organismo y, por otra parte, consta la certificación del Vicesecretario del Ayuntamiento indicando que, transcurridos los plazos otorgados para ello, no se ha realizado alegación alguna.

Por último, el día 11 de enero de 2017 se emitió la Propuesta de Resolución objeto del presente dictamen.

III

1. Tal y como se expuso con anterioridad, consta en el expediente que contra el Acuerdo mencionado, cuya declaración de nulidad se pretende, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo por parte de la Administración General del Estado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife (procedimiento ordinario 340/2016), sin que se tenga conocimiento de que hasta la fecha haya recaído Sentencia firme, si bien, como también se dijo, dicho órgano judicial dictó Auto de 21 de octubre de 2016 por el que acordó suspender la ejecución del Acuerdo adoptado por el Pleno municipal.

2. Este hecho plantea una cuestión preliminar cuya dilucidación resulta ineludible para poder abordar el fondo del asunto planteado. En efecto, este Consejo Consultivo debe analizar la cuestión de la posible aplicación de la excepción de litispendencia al producirse en este caso la concurrencia de un proceso judicial con la tramitación simultánea de un procedimiento administrativo de revisión de oficio.

Sobre esta controvertida cuestión nos hemos pronunciado en diversas ocasiones, teniendo bien presente las múltiples y variables situaciones en las que se puede encontrar un acto administrativo a revisar. Quiere decirse, pues, que la solución al problema ahora planteado (esto es, existencia o no de litispendencia) no puede ser general sino casuística, previo análisis de cada caso.

Así, en el Dictamen 205/2010, de 6 de abril, este Organismo señaló lo siguiente:

«1. Pues bien, en el análisis a efectuar ha de tenerse en cuenta sin duda la opinión de este Organismo plasmada en Dictámenes precedentes en esta materia, entre ellos los citados en la propia PR y algunos de ellos traídos a colación por un interesado, singularmente los Dictámenes 129/2004 y 225/2007, pero asimismo en otros. Y ello, sin perjuicio de que quepa complementar o matizar tal opinión ahora en cuanto lo requiera su ajuste al caso que nos ocupa, circunstancia por demás contemplada en esta doctrina consultiva; o bien, en función de reciente jurisprudencia o doctrina científica al respecto, si procediere.

Así, ante todo ha de señalarse, vista la redacción del art. 102.2 LRJAP-PAC, diferente a la del apartado 1, como ya se ha advertido a los efectos concretos correspondientes, que aquí no debiera haber cuestión sobre si cabe el inicio de la revisión pese a haberse interpuesto recurso contencioso, pues su objeto sería un acto y no una disposición. Sin embargo, pese a ello no puede obviarse la duda sobre la procedencia de la simultaneidad de ambos procedimientos, iniciándose la revisión de una disposición cuando ya se tramita un proceso contencioso al haber sido recurrida, con eventual alegación de litispendencia.

En este sentido, tanto este Organismo (cfr. Dictamen 113/2001, en particular), como el Consejo de Estado, sostienen que la tramitación de un proceso judicial determina, con carácter general, la extensión en su caso de la excepción de litispendencia al inicio del procedimiento revisor, según se advierte en el Dictamen 129/2004 y en otros posteriores, explicitándose las razones para ello: por economía procesal, y no sólo funcional, y para evitar fallos contradictorios, garantizando la seguridad jurídica y los derechos de los particulares, especialmente en el caso de disposiciones por su carácter normativo y, por tanto, la generalidad de sujetos e intereses públicos afectados; equiparación necesaria a la actuación de los órganos judiciales respecto al principio non bis in ídem, máxime cuando éstos son los competentes para decidir finalmente sobre la legalidad de las actuaciones administrativas, al funcionar el procedimiento administrativo, sobre todo el revisor, según reglas o principios similares; la influencia determinante de la pendencia jurisdiccional en la firmeza definitiva de la actuación enjuiciada, por más que la tenga administrativamente y sea ejecutiva, aunque este motivo no parece aplicable al caso de disposiciones administrativas.

En definitiva, la litispendencia, con sus tres elementos determinantes (objeto, *causa petendi* y partes) idénticos o esencialmente iguales, puede ser alegada y ha de prosperar respecto a la revisión cuando conste acreditadamente su existencia, singularmente cuando sobre la legalidad de una disposición a revisar, en este caso además de oficio, penda la resolución de un proceso contencioso en el que, como parte, figure la Administración que la dictó, siendo competente por ello para revisarla en su caso, y que defiende su validez ante el órgano judicial actuante».

Además, en el mencionado Dictamen 129/2004, de 29 de julio (relativo, justamente, a una consulta gubernativa acerca de esta específica cuestión), este Consejo tuvo ocasión de recordar lo que a continuación se expone:

«1. La presente consulta parte de la doctrina sostenida por el Consejo de Estado y recogida en el Dictamen de este Consejo Consultivo 113/2001, a tenor de la cual la concurrencia de procesos judiciales simultáneos con el procedimiento administrativo de revisión de oficio determina la extensión de la excepción de litispendencia a dichos procedimientos de revisión cuando el objeto sea coincidente.

Los Dictámenes del Consejo de Estado citados en el escrito de solicitud de Dictamen (1.487/93, de 28 de diciembre, 1.489/93, de 3 de febrero de 1994 y 2.122/95, de 26 de octubre, si bien se han identificado atendiendo al número de marginal de la correspondiente publicación, 49/1993, 51/1994 y 66/1995, respectivamente) fundamentan esta extensión de la excepción de litispendencia a los procedimientos administrativos en diversas razones: En primer lugar, porque el fundamento último del principio (ahorrar esfuerzos procesales innecesarios y evitar posibles fallos contradictorios) es igualmente válido y aplicable en los procedimientos administrativos, a lo que se añade que si los órganos jurisdiccionales que

están llamados a decir la última palabra en punto a la legalidad de los actos administrativos (artículo 106 de la Constitución) tienen que sujetarse a la regla inexorable del *non bis in idem*, no hay ninguna razón para que la Administración al hacer uso del privilegio que la Ley le otorga de revisar en primera instancia la legalidad de sus propios actos, disponga de mayores facultades que los propios órganos jurisdiccionales que son los que tienen que decidir en última instancia. Se argumenta además que el procedimiento administrativo está regido por uno principios análogos, cuando no idénticos, a los que se aplican en los procesos judiciales y con mayor razón cuando se trata de los procedimientos revisores que son "quasi judiciales" y, finalmente, que la pendencia de un proceso judicial interfiere la firmeza del acto enjuiciado, sin perjuicio de su ejecutividad, si no se produce un acuerdo expreso de suspensión de la ejecución.

Por todo ello, estos Dictámenes concluyen que la litispendencia puede ser alegada y debe prosperar en los procedimientos de revisión de oficio siempre que resulte acreditado que sobre el mismo asunto, esto es, sobre la legalidad del acto cuya revisión de oficio se pretende, se halle pendiente la resolución de un proceso ante los tribunales de justicia competentes».

Ello es así, reiteramos, porque, aun cuando en ambos casos se esté ante vías revisoras de actos administrativos que persiguen los mismos fines, la existencia de esta identidad o coincidencia entre la revisión administrativa y la jurisdicción contenciosa no quiere decir que «la vía de revisión de oficio y la impugnación directa son "alternativas equivalentes"» (STS de 12 de noviembre de 2001). Como se dijo con anterioridad, al reproducir la doctrina de este Consejo y la del Consejo de Estado, la revisión de oficio es un modo excepcional de revisar actos administrativos que no es de aplicación alternativa por cuanto las causas de nulidad no sólo están tasadas, sino que deben ser restrictivamente interpretadas y aplicadas. Si en la infracción concurriera alguna de las causas de nulidad -a su vez, restrictivamente interpretadas-, la revisión del acto puede ser llevada a cabo por la propia Administración. *Lo que es tanto como decir que la revisión de los actos administrativos es, en principio, objeto de un proceso jurisdiccional -previo agotamiento del sistema de recursos- y, excepcionalmente, de un procedimiento administrativo de revisión.* Todo lo cual determina, con carácter general, la prioridad del conocimiento, dentro del esquema de la revisión, de la intervención jurisdiccional sobre la estrictamente administrativa, sin perjuicio, claro está, de los recursos administrativos planteables.

3. Pues bien, la aplicación de la doctrina expuesta al presente caso determina sin duda la preferencia del proceso contencioso sobre la vía administrativa revisora. Esta conclusión se sustenta en el dato de que en estos momentos están abiertas

ambas vías por idénticas *causae petendi* (nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Pleno municipal relativa al enarbolamiento de la llamada «Bandera Nacional de Canarias» durante la semana del 22 de octubre de 2016), habiéndose instado de oficio la revisión del acto administrativo y además con posterioridad a la apertura de la vía judicial (en la que, por añadidura, fue dictado Auto de 21 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Santa Cruz de Tenerife, por el que se dispuso la suspensión de la «decisión del Ayuntamiento de Arico de colocar en espacio público la conocida como “bandera de las siete estrellas”»). Por lo tanto, habida cuenta de la prioridad de la vía jurisdiccional -primera en el tiempo-, debe finalizar y archivarse el procedimiento administrativo incoado.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina desfavorablemente la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 29 de septiembre de 2016 por el que se aprobó la moción relativa al enarbolamiento de la llamada «Bandera Nacional de Canarias» durante la semana del 22 de octubre de 2016, por las razones expuestas en el Fundamento III de este Dictamen.