



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 1 5 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 7 de noviembre de 2017.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Miguel de Abona en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Alcaldía n.º (...), de (...), sobre la transmisión de la titularidad de un nicho (EXP. 374/2017 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 San Miguel de Abona, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio del Decreto de la alcaldía nº (...), de fecha (...), relativo a transmisión de titularidad de nicho identificado con el nº (...), del pasillo (...) del cementerio municipal.

La legitimación del Sr. Alcalde 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 con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) -aplicable porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor [DT tercera, b)]-, que permite a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo, declarar 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 art. 47.1 LPACAP.

* Ponente: Sr. Brito González.

Además, de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable (art. 106.1 LPACAP), es preciso que tal dictamen sea favorable, como es el caso, a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no es de tal sentido.

2. Como se dijo, la ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 106 LPACAP. Esta revisión de oficio procede contra actos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 47.1 LPACAP y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en las actuaciones obrantes en el expediente.

3. La tramitación de este procedimiento de revisión fue instada por interesado en el procedimiento, por lo que, aun habiendo transcurrido el plazo de seis meses desde su inicio (30 de marzo de 2017), no es de aplicación el régimen de la caducidad previsto en el apartado 5 del art. 106 LPACAP.

4. La revisión de oficio se fundamenta en el art. 47.1, e) LPACAP (los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido).

5. En cuanto a la competencia para resolver, el art. 31.1, o) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias, atribuye al Alcalde la competencia para la revisión de oficio de sus propios actos.

6. No se observan deficiencias formales que obsten un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

II

1. De la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo resulta que las cuestiones de hecho del presente procedimiento de revisión de actos nulos son las siguientes:

- Consta en el expediente el título de propiedad (...), de fecha 17 de marzo de 1969, por el que el Ayuntamiento reconoce a favor de (...) la propiedad de un nicho transferible de los construidos en el Cementerio municipal de este pueblo, marcado con el número (...), (...), mediante el pago de los derechos correspondientes, con derecho al osario de su fila en común. Consta documento justificativo de que por (...) se abonó la cantidad correspondiente por la adquisición del nicho.

- El 10 de marzo de 2010, (...) presenta escrito solicitando la transmisión del título de nicho nº (...), del pasillo (...), a favor de (...).

- Por Decreto de la Alcaldía nº (...), de fecha (...), se autoriza el cambio de titularidad de la sepultura permanente nº (...), Pasillo (...) del Cementerio municipal, a favor de (...), solicitado por (...). La autorización se otorga sin perjuicio de terceros, según dispone el art. 16 de la Ordenanza fiscal reguladora de las tasas por prestación de servicios en el cementerio, en el que se indica que todos los traspasos que autorice el Ayuntamiento se entenderán sin perjuicio de terceros, es decir, sólo a efectos administrativos.

- Con fecha 25 de septiembre de 2015, (...) y (...), en calidad de hijos de (...), fallecida el día 19 de diciembre de 1972, e inhumada en el nicho nº (...), del pasillo (...), solicitan que se autorice la exhumación de los restos, a efectos de su traslado a un nuevo nicho a identificar por los servicios municipales del Cementerio y solicitan que en el supuesto de que se realice algún tipo de actuación que afecte a los restos de su madre, se ponga en su conocimiento. Asimismo, aportan escrito de fecha 24 de septiembre de 2015 en el que manifiestan lo siguiente:

«PRIMERA.- Con fecha de 4 de diciembre de 1972 falleció (...), casada en gananciales con (...) y dejando como herederos a sus dos únicos hijos, siendo enterrada en el Cementerio de San Miguel, pasillo (...).

SEGUNDA.- Que el nicho en el que se enterró en su día, fue comprado en régimen de gananciales en el matrimonio, constando como titular del nicho en el registro general del Cementerio de San Miguel de Abona, el esposo, (...).

Que transcurrido el tiempo, y ante las malas relaciones paterno filiales, (...), casado en segundas nupcias, ha procedido a cambiar la titularidad del nicho propiedad de (...) al 50% a su actual esposa (...), y ello sin la autorización de los herederos de (...), con la consecuencia de no poder recuperar los restos de su madre sin la correspondiente autorización de la titular.

TERCERA.- Que como consecuencia de dicho traspaso ilegal de la propiedad se ven ante la imposibilidad de recuperar los restos de su madre fallecida y ante el fallecimiento repentino de (...) y su posterior enterramiento en dicho nicho; si no se decreta la entrega de los restos de (...), durante cinco años no van a poder abrir el nicho por cuestiones de salubridad, según lo establecido en el Decreto 132/2014 de Salubridad mortuoria de la Comunidad Canaria».

- El 7 de octubre de 2015, (...) presenta escrito solicitando que los restos de su hermana, inhumados en el nicho (...) del pasillo (...), sean trasladados y reinhumados en el nicho (...).

- El 30 de octubre de 2015 (...), en calidad de titular del nicho nº (...), del pasillo (...), presenta escrito de autorización para la exhumación de los restos de (...), para su traslado a un nicho del cementerio que por (...) se indique.

- Por Decreto de fecha 4 de noviembre de 2015, se autorizó, con efectos del día 25 de septiembre de 2015, la inhumación de (...), fallecido el día 24 de septiembre de 2015, en el nicho identificado con (...), del Cementerio Municipal de San Miguel de Abona, previa solicitud de (...) de fecha 25 de septiembre de 2015.

- Con fecha 17 de noviembre de 2015, (...) y (...), hijos de (...), manifiestan su conformidad a lo solicitado con fecha 7 de octubre de 2015 y registro de entrada n.º 13717, por (...), para la reinhumación de los restos de (...) en el nicho (...).

- Por Decreto de fecha 19 de enero de 2016 se autorizó la exhumación de (...), inhumada en el nicho identificado con el número (...) del pasillo (...), con el fin de efectuar la reducción de sus restos, traslado y reinhumación en el nicho identificado con (...), del Cementerio Municipal de San Miguel de Abona.

2. Con fecha 14 de enero de 2016, (...) y (...) presentan escrito en el que manifiestan lo siguiente:

«PRIMERO.- Que son hijos y herederos de (...) y de (...), en la actualidad ambos fallecidos.

SEGUNDO. Que durante el matrimonio ambos compraron en régimen de bienes gananciales el nicho (...), sito en el Cementerio de San Miguel de Abona.

(...) falleció con anterioridad a (...), dejando como herederos a sus únicos hijos.

En el mes de septiembre de 2015 falleció (...), dejando como herederos a sus tres hijos (...) y (...) y (...).

TERCERO. Que según informa el Ayuntamiento de San Miguel de Abona, el nicho propiedad del matrimonio aparece registrado a nombre de (...), segunda esposa de (...), cambio de titularidad que no contó con la autorización de los propietarios del indicado nicho, por lo que el cambio de titularidad del nicho nº (...) del Cementerio de San Miguel de Abona fue realizado por parte del Ayuntamiento de San Miguel de Abona sin las garantías legales.

Solicitan que se restituya el nicho nº (...) del pasillo (...) a los herederos legítimos».

Con fecha 22 de febrero de 2016, (...) y (...) presentan escrito reiterando la solicitud anterior de incoación del correspondiente expediente administrativo para la restitución del nicho a su favor, a la mayor brevedad posible, debido a los perjuicios que se le están irrogando.

3. Con fecha 2 de agosto de 2016, tiene entrada en el Ayuntamiento oficio del Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, comunicando la interposición de recurso contencioso-administrativo interpuesto por (...) y (...).

4. Por Decreto de la Alcaldía de fecha 30 de marzo de 2017 se resolvió iniciar el procedimiento de revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía nº (...), de fecha (...), relativo a la transmisión de titularidad del derecho sobre el nicho identificado con el número (...) del Pasillo de (...), del Cementerio de San Miguel de Abona.

5. Con fecha 5 de abril de 2017 se notifica al Ayuntamiento la Sentencia nº 58/2017, de fecha 4 de abril de 2017, dictada en el Procedimiento Ordinario 210/2016, en la que se estima el recurso interpuesto declarando contraria a derecho la inactividad administrativa impugnada (silencio) y reconocimiento las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, en la que se solicita una sentencia por la que se condene a la demandada al cumplimiento de su deber legal de tramitar el expediente administrativo para la restitución del nicho a los herederos de (...) y (...)

6. Con fecha 27 de abril de 2017, (...) y (...) presentan escrito de alegaciones en el que manifiestan que se les notificó el inicio del procedimiento de revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía nº (...), de fecha (...), considerando que pudiera ser nulo de pleno derecho por la causa de nulidad prevista en art. 47.1, apartado e) LPACAP y que, en virtud de dicho precepto, la transmisión de la titularidad del nicho es nula de pleno derecho puesto que los únicos con capacidad para transmitir la titularidad son ellos y nunca firmaron ninguna autorización para ello.

7. El 25 de mayo de 2017, (...) y (...) presentan escrito de alegaciones en el que alegan que en el expediente por el que se autoriza la cesión (...) figuraba como único titular del nicho y que en el expediente de cesión del título han intervenido todas las personas respecto de las cuales la administración local debió dar traslado del mismo por resultar afectadas por la resolución de dicho expediente.

Partiendo de lo anterior, consideran que no concurre en el presente caso ninguna de las causas de nulidad previstas en el art. 47.1 LPACAP.

Aun partiendo de la alegación de los señores (...) en cuanto al hecho de que la titularidad del nicho era de naturaleza ganancial, tal extremo determinaría en todo caso la anulabilidad de conformidad con lo establecido en el art. 48 LPACAP, pero en ningún caso la nulidad de tal resolución.

Se trata, por lo tanto, de un acto convalidable y en este sentido el mismo quedó convalidado por la propia actuación de los herederos de la Sra. (...), quienes, conocedores de la transmisión realizada por su padre y aceptando la misma, solicitan se les autorice la exhumación de los restos de su madre.

Dicha exhumación fue autorizada por (...) en su condición de titular «propietaria» del nicho; más aún, tal autorización fue solicitada por (...), actuando éste en representación de (...), reconocimiento claro de su condición de titular del mencionado nicho.

Ese reconocimiento por parte de los herederos de (...) de la condición de propietaria o titular respecto de (...) viene a convalidar o subsanar la transmisión efectuada por su padre.

Dado que el Decreto por el que se autoriza el traspaso es de fecha (...) y que la reclamación efectuada por (...) y (...) es de fecha 14 de enero de 2016 e, incluso, considerando el primero de los escritos presentados por los mismos, la fecha a tener en cuenta es el 25 de septiembre de 2015, fecha en la que habrían transcurrido con creces los 4 años previstos en el art. 107 LPACAP (para la declaración de lesividad del acto), de modo que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 110 LPACAP, tanto por la prescripción antes señalada como por el conocimiento de la transmisión por quienes ahora instan la nulidad, el ejercicio de la revisión pretendida resulta contrario a la ley y a la buena fe.

8. La Propuesta de Resolución, rechazando las alegaciones formuladas por los otros interesados en el procedimiento -(...) y (...)- concluye que se debe declarar nulo de pleno derecho el Decreto de la Alcaldía nº (...), de fecha (...), por el que se autorizó la transmisión de la titularidad del nicho identificado con el nº (...), Pasillo (...), del Cementerio municipal, en favor de (...), al haberse omitido en el procedimiento el trámite de audiencia que constituye, en aplicación de la jurisprudencia señalada en la Propuesta analizada, la concurrencia de la causa de nulidad establecida en el art. 47.1,e) LPACAP.

El razonamiento, en síntesis, para llegar a esa conclusión se basa en considerar que «Aunque en la normativa municipal sobre cementerio, para el traspaso intervivos de nicho, solo se requiriese la conformidad del cedente y cesionario, entendiéndose el traspaso sin perjuicio de tercero y sólo a efectos administrativos, de la presunción del carácter ganancial del régimen económico matrimonial y la condición, acreditada, de herederos forzosos de (...), resulta la condición de interesados de (...) y (...) en el procedimiento de transmisión del título del nicho, y la omisión del trámite de audiencia

a los mismos, determinaron la imposibilidad de presentación de alegaciones y de probar un derecho sobre el nicho de referencia, lo que hubiera variado el acto administrativo originario en caso de haberse realizado el trámite de audiencia omitido ante la existencia de un supuesto de cotitularidad».

Esa omisión del trámite de audiencia es asimilable, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, a la falta total de procedimiento, por lo que el Decreto de la Alcaldía nº (...), de fecha (...), objeto de análisis, incurre en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, e) LPACAP.

III

1. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ver, por todas, la Sentencia de 14 abril 2010), la potestad de revisión de oficio, reconocida en general a la Administración por los arts. 102 a 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ahora en los arts. 106 y ss. LPACAP), supone una facultad excepcional que se le otorga para revisar los actos administrativos sin acudir a los Tribunales y sin tan siquiera esperar a su impugnación por los interesados. Prevista para vicios especialmente graves provocadores de la nulidad de los actos, constituye, en definitiva, una manifestación extrema de la autotutela administrativa.

Ahora bien, habida cuenta de la especial configuración de dicha potestad administrativa existen importantes límites o condicionantes a la misma. El primero de ellos reside en los motivos que legitiman para acudir a esta vía revisora. Dichos motivos, constituyen verdaderas causas tasadas, con enumeración exhaustiva, y cuya especial gravedad, en definitiva, fundamenta esa potestad excepcional, como, asimismo, tanto el Consejo de Estado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido entendiendo de manera constante y reiterada (por todas, SSTS de 30 de marzo de 1982, 17 de octubre de 2000 y 12 de marzo de 2002).

2. En relación con la causa de nulidad esgrimida, actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [art. 47.1, e) LPACAP], hemos de señalar que la doctrina del Tribunal Supremo se pronuncia con carácter general en el sentido de que, si bien no todo defecto de forma, aunque existiese, lleva necesariamente a la nulidad de las actuaciones y a la reposición del expediente al momento en que se cometieron, para que se produzca es preciso que esa defectuosa actuación haya sido causa de indefensión (STS 11 de julio de 1988).

Y es que, como también declara la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de diciembre de 1990 «el Derecho administrativo, en principio, se ha decidido por un antiformalismo ponderado que, sin merma ni quiebra de la legalidad, permita el desarrollo de la actuación administrativa conforme a normas y principios de celeridad y eficacia, hasta el punto de que al vicio de forma o del procedimiento, no se le reconoce tan siquiera virtud invalidante de segundo grado, anulabilidad, más que en aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera del plazo previsto, cuando éste tenga un valor esencial, o se produzca una situación de indefensión, supuestos todos que acreditan que dicho vicio, carente de fuerza en sí mismo y de naturaleza estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha provocado una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración».

En definitiva, únicamente nos encontramos ante efectos invalidatorios de los vicios de forma cuando el defecto es muy grave, en cuyo caso estamos en presencia de la nulidad absoluta o de pleno derecho.

Este Consejo Consultivo ha señalado en el reciente Dictamen 372/2017 que:

«En lo que se refiere a la segunda causa de nulidad alegada, este Consejo Consultivo (...) ha considerado que la causa de nulidad alegada [art 62.1.e) LRJAP-PAC], en virtud de la cual la Ley considera nulos de pleno derecho todos los casos en que falten los trámites esenciales que se establezcan para dictar los actos administrativos de que se trate, supone que "(...) los defectos formales necesarios para aplicar la nulidad ex art. 62.1.e) LRJAP-PAC deben ser de tal magnitud que pueda entenderse que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento, no bastando con la omisión de alguno de sus trámites y resultando necesario ponderar en cada caso la esencialidad del trámite o trámites omitidos y las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido. De tal forma que la omisión de requisitos formales, incluso del esencial representado por el trámite de audiencia, sólo producirá el radical efecto de anular las actuaciones cuando haya ocasionado la efectiva indefensión del interesado».

3. Según reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, recurrentemente citada por este Consejo (ver por todos, DCC 61/2017) la indefensión es un concepto material, que no surge de la mera omisión de un trámite del procedimiento, sino que se exige que de esa omisión resulte para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses. Por esta razón, para establecer si la omisión de un trámite ha producido indefensión, hay

que atender al posible influjo que hubiera podido tener en el acto resolutorio, esto es, si hubiese o no variado de haberse cumplimentado dicho trámite (Véanse entre otras muchas, las Sentencias de 5 junio de 2001, de 18 marzo de 2002, de 15 julio de 2002, de 11 noviembre de 2003 y de 7 junio de 2004).

4. De lo anterior se colige sin mayor dificultad interpretativa que, como acertadamente aduce la Propuesta de Resolución, la no participación de los interesados en el procedimiento de transmisión del nicho, como herederos de uno de sus titulares, les ha producido indefensión porque, de haberlo hecho y haber podido defender sus propios derechos e intereses (los derivados de la cotitularidad del nicho), el acto resolutorio hubiera sido necesariamente otro.

Por ello, de acuerdo con la jurisprudencia citada, esa indefensión que les ha provocado el no haber sido parte en el procedimiento equivale a que el acto se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por lo que hay que concluir que concurre la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, e) LPACAP.

Asimismo, tal como señala la Propuesta de Resolución, no concurre en el supuesto analizado ninguna de las circunstancias establecidas en el art. 110 LPACAP como límite a la revisión de oficio interesada, pues no puede considerarse excesivo el tiempo transcurrido ni la existencia de mala fe por parte de los interesados que de forma constante han ido requiriendo a la Administración para que restituyese el nicho a sus legítimos herederos conforme a la normativa sucesoria y a la propia Ordenanza municipal reguladora de la tasa por prestación de servicios en el cementerio municipal.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, por lo que se dictamina favorablemente la declaración de nulidad del Decreto de la alcaldía nº (...), de fecha (...), relativo a transmisión de titularidad de nicho identificado con el nº (...), del pasillo (...) del cementerio municipal, según se razona en el Fundamento III.