



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 4 6 / 2 0 2 1

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 16 de noviembre de 2021.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pájara en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 7 de octubre de 2004, en el que se dispuso ceder provisionalmente y en precario a (...) un local municipal emplazado en la Urbanización (...) - T.M. Pájara- (EXP. 503/2021 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento del municipio de Pájara solicita el parecer de este Consejo sobre la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de octubre de 2004 en el que se dispuso ceder provisionalmente y en precario un local municipal, hasta que dicho recinto fuera necesitado por esa Institución para el destino que la misma considerara oportuno.

2. La legitimación del Sr. Alcalde para solicitar el dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad, 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), 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: Sra. de Haro Brito.

En este caso, tratándose de la revisión de oficio de un acto dictado bajo la vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC) serán las causas de nulidad del art. 62.1, aunque son sustancialmente idénticos a los previstos en el art. 47.1 LPACAP, sin perjuicio de que, de acuerdo con la Disposición Transitoria tercera de LPACAP, letra b), los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley, como es el caso, se sustanciarán por las normas establecidas en ésta.

Además, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

3. La ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos contenida en el art. 106 LPACAP permite que se proceda contra actos que sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en este caso al tratarse de un acto del año 2004 no recurrido.

4. Se esgrime como causa de nulidad para revisar el acto de referencia el previsto en el apartado 1, letra e) del art. 47 LPACAP en relación *ratione temporis* con el art. 62.1 apartado e) LRJAP-PAC, esto es, haber sido dictado 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.

5. Este Consejo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este procedimiento en dos ocasiones: una, (Exp. 20/2021 RO) en el Dictamen 79/2021, de 2 de marzo, en el que concluimos la Propuesta de Resolución, que disponía la revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de octubre de 2004 no se considera ajustada a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento con la finalidad de dar trámite de audiencia al interesado. La otra, (Exp. 258/2021) en el Dictamen 295/2021, de 24 de mayo, en el que no entramos en el fondo de la cuestión planteada por haber caducado el procedimiento revisorio.

6. Iniciado nuevo procedimiento, se remite nueva Propuesta de Resolución, sin que se aprecie la existencia de deficiencias procedimentales que impidan, por fin, un pronunciamiento de fondo.

II

Los antecedentes relevantes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

- Con fecha 22 de abril de 2004, (...) solicita cesión en arrendamiento del local municipal ubicado en la Urbanización (...) para llevar a cabo la actividad de tienda de náutica. Consta Providencia del Concejal Delegado de Obras Públicas, Urbanismo, Planificación y Desarrollo requiriendo la emisión de informe en relación con la viabilidad de acceso a la solicitud, no constando el mismo.

- Con fecha 7 de octubre de 2004, la Junta de Gobierno Local adoptó el acuerdo, por un lado, de tomar conocimiento de la solicitud presentada y dictaminar la misma favorablemente, *«cediendo provisionalmente y en precario al mismo un local municipal emplazado en la Urbanización (...) (T.M. Pájara) hasta que dicho recinto sea necesario por esta Institución para el destino que la misma considere oportuno»*, a la vez que *«requerir al interesado, en plazo no superior a un mes y con carácter previo al inicio de las mismas, la presentación de proyecto técnico descriptivo de las obras de adecuación que precisa el inmueble de referencia, en orden a verificar el cumplimiento de las mismas con la normativa urbanística de aplicación»*.

- Con fecha 2 de diciembre de 2004, la Junta de Gobierno Local adoptó, entre otros, el Acuerdo de autorizar al interesado la ejecución de las obras de acondicionamiento del local municipal cedido mediante el acuerdo anterior.

- El interesado, mediante escrito de 21 de diciembre de 2004, expone que el coste aproximado de las obras asciende a 46.000,00 € y que la cesión en precario no garantiza ni concreta temporalmente el uso del local, por lo cual solicita se le garantice el uso del local por 10 años. La Junta de Gobierno Local en sesión de 24 de enero de 2005, acordó tomar conocimiento de la solicitud y dada la imposibilidad para determinar el plazo de la cesión a priori, se asume el compromiso de abonar el valor de la obra ejecutada y no amortizada a razón de 4.600,00 € por año de amortización en caso de recuperación del bien inmueble antes de dicho plazo.

- Con fecha 19 de octubre por Decreto de la Alcaldía n.º 5419/2020 se incoa procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 7 de octubre de 2004, en el que se cede provisionalmente y en precario un local municipal emplazado en la Urbanización (...) (T.M. Pájara) a favor de (...), por estar incurso en la causa de nulidad del apartado e) del art. 47.1 LPACAP, en relación *ratione temporis* con el art. 62.1 apartado e)

LRJAP-PAC, por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

- El 22 de octubre de 2020, se notificó al interesado la incoación del procedimiento dando trámite de audiencia por un plazo de diez días, presentando este escrito de alegaciones en plazo en este Ayuntamiento con fecha 5 de noviembre, dando entrada al mismo por dos vías: sede electrónica (R.E. n.º 14463/2020) y presentación en el Registro General físico (R.E. n.º 14479/2020).

- El 4 de diciembre de 2020, la Técnico de Gestión Patrimonial emitió informe sobre las alegaciones presentadas con nota de conformidad de la Secretaría General, elevando Propuesta de Resolución definitiva a la Alcaldía Presidencia.

- Finalmente, la Propuesta de Resolución formula, primero, desestimar las alegaciones primera y segunda presentadas por el interesado; segundo, desestimar la solicitud de un derecho indemnizatorio a favor de aquél, por no concurrir entre otras, las circunstancias previstas en los arts. 32.2 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y, tercero, declarar nulo de pleno derecho el acuerdo de referencia por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

- Tras nuestro Dictamen 79/2021, de 2 de marzo, mediante Decreto Resolución de la Alcaldía Presidencia n.º 1500/2021, de fecha 5 de marzo, se resuelve la retroacción del procedimiento, poniendo de manifiesto el expediente y concediendo nuevo trámite de audiencia al interesado, en el que presenta escrito de alegaciones.

- El Decreto de la Alcaldía n.º 1966/2021, de 24 de marzo, acuerda ampliar el plazo en tres (3) meses adicionales para resolver el procedimiento de referencia basado en los siguientes motivos:

1. Devolución de la solicitud de dictamen preceptivo y documentación remitida al Consejo Consultivo de Canarias de fecha 11 de diciembre por ausencia en reparto.

2. Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 79/2021, de 2 de marzo, concluyendo la retroacción del procedimiento con la finalidad de dar nuevo trámite de audiencia al interesado, en los términos señalados en el mismo.

3. Considerar el carácter imprescriptible de la nulidad radical o absoluta, sin límite temporal para acordar la incoación de un nuevo procedimiento de revisión de oficio en los mismos términos, en el caso que fuera declarada la caducidad, favoreciendo el principio de economía procedimental.

- Como se dijo, remitida nueva Propuesta de Resolución, en nuestro Dictamen 295/2021, de 24 de mayo, no entramos en el fondo de la cuestión planteada por entender que había caducado el procedimiento revisorio.

- Mediante Decreto de la Alcaldía n.º 3339/2021, de fecha 2 de junio, se declara la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones del mismo.

- Mediante Decreto de la Alcaldía n.º 3565/2021, de 11 de junio, se resuelve incoar nuevo procedimiento de revisión de oficio del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 7 de octubre de 2004 y siguientes relacionados en ejecución del primero, acordando la cesión provisional y en precario de un local municipal emplazado en la Urbanización (...) (T.M. Pájara) a favor de (...), por estar incurso en la causa de nulidad del apartado e) del art. 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación *ratione temporis* con el art. 62.1 apartado e) LRJAP-PAC, por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Así mismo, se resuelve incorporar los actos y documentos del expediente caducado, siendo éstos, los contenidos en el expediente administrativo GERES 907/2004 referente a la cesión provisional y en precario del local municipal ubicado en la Urbanización (...).

- Con fecha 15 de junio de 2021 se notificó al interesado el Decreto de incoación concediendo un plazo de diez días para la presentación de las alegaciones, documentos y justificaciones que considerara oportunas, así como, indicar aquellos documentos que estimara incorporar del procedimiento caducado. En el plazo concedido el interesado presenta escrito de alegaciones con fecha 29 de junio (R.E. n.º 11369/2021), sin pronunciarse sobre la incorporación de otros documentos del procedimiento caducado.

- Finalmente, la nueva Propuesta de Resolución remitida acuerda declarar nulo de pleno derecho el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, así como desestimar la solicitud de establecimiento de derecho indemnizatorio a favor del interesado junto con la declaración de nulidad, por no darse las circunstancias previstas en los arts. 32.2 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), de conformidad con el art. 106.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de

las Administraciones Públicas, instándole a solicitar la incoación de procedimiento autónomo de responsabilidad patrimonial una vez declarada la nulidad del acuerdo y dentro del plazo previsto en el art. 67.1 del mismo texto legal.

III

La Propuesta de Resolución parte de la premisa, compartida por este Consejo, de que nos encontramos ante un bien patrimonial de titularidad municipal (local emplazado en la Urbanización (...) T.M. Pájara); que el interesado solicita una cesión en arrendamiento del local, acordando entre las partes una duración determinada, sin más trámites en el expediente que una providencia requiriendo informe, que no consta emitido; que dicho Acuerdo se adopta por la Junta de Gobierno Local el 7 de octubre de 2004, tomando conocimiento de la solicitud y cediendo provisionalmente y en precario el local, hasta que dicho recinto fuera necesitado por esa Institución para el destino que la misma considere oportuno, reflejando en la parte expositiva del Acuerdo *«el compromiso del interesado de acondicionar oportunamente el referido local municipal para su posterior utilización por esta Institución»*; que esa cesión en principio *no tiene carácter gratuito*, siendo cuantificado incluso, en el acuerdo de la JGL de fecha 24 de enero de 2005, en el que se asume por parte del Ayuntamiento de Pájara el compromiso de abonar el valor de la obra ejecutada y no amortizada a razón de 4.600,00 € por año, en el caso de recuperación del bien inmueble antes de dicho plazo (esto es, se garantiza el desembolso por la inversión inicial del interesado, en caso de que la cesión dure menos de diez años), lo que significa la imposibilidad de determinar si lo que en su día se acordó fue un precario, un comodato o una figura imposible de identificar, ya que no fijando plazo para la cesión la Corporación garantiza que el interesado recupere la parte invertida, en el caso de que el plazo sea inferior a 10 años, además se fija un destino concreto, para una tienda de náutica (actividad mercantil), por lo que concluye que la cesión acordada no se identifica con ninguna de las dos figuras anteriores.

Lo anterior nos lleva a considerar que, efectivamente, el acto de cesión del local es un acto favorable, siendo el cauce adecuado para su revisión el previsto en los arts. 106 y ss. LPACAP, por las causas previstas en los arts. 47 y 48 LPACAP (arts. 62 y 63 LRJAP-PAC). En este caso, se invoca la causa prevista en la letra e) del art. 62.1, idéntica a la actual del art. 47.1 LPACAP.

IV

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del Derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella sólo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

2. Como se dijo, se invoca como causa de nulidad, la letra e) del art. 47.1 LPACAP: *«Los 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».*

Al respecto, en lo que se refiere a la causa de nulidad esgrimida por la Administración, y en relación con el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo en el Dictamen 489/2021, de 14 de octubre (con cita de los DDCC 8/2021, de 15 de enero, y 161/2020, de 1 de junio), lo siguiente: *«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios “total y absolutamente” impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se equipara a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por la omisión del trámite). También se equipara a la omisión total si los trámites incumplidos, de haberse observado, habrían determinado un acto de contenido distinto. Consúltense al respecto las SSTs de 23*

febrero de 2016; de 26 enero de 2016; de 24 enero de 2014; de 27 junio de 2012 y de 25 abril de 2002 (...) ».

3. En el presente caso, en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad, la Propuesta de Resolución aborda dos hipótesis:

- Por un lado, se contempla que exista una cesión gratuita: la normativa aplicable (arts. 79.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y 109.2 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales) establece la prohibición de cesión gratuita de bienes inmuebles patrimoniales salvo a Entidades o instituciones Públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las Instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro.

Por su parte, art. 110.1 del RBEL, enumera los requisitos que deben contener tales cesiones:

1. En todo caso, la cesión gratuita de los bienes requerirá acuerdo adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, previa instrucción del expediente con arreglo a estos requisitos:

a) Justificación documental por la propia Entidad o Institución solicitante de su carácter público y Memoria demostrativa de que los fines que persigue han de redundar de manera evidente y positiva en beneficio de los habitantes del término municipal.

b) Certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de que los bienes se hallan debidamente inscritos en concepto de patrimoniales de la Entidad local.

c) Certificación del Secretario de la Corporación en la que conste que los bienes figuran en el inventario aprobado por la Corporación con la antedicha calificación jurídica.

d) Informe del Interventor de fondos en el que pruebe no haber deuda pendiente de liquidación con cargo al presupuesto municipal.

e) Dictamen suscrito por técnico que asevere que los bienes no se hallan comprendidos en ningún plan de ordenación, reforma o adaptación, no son necesarios para la Entidad local ni es previsible que lo sean en los diez años inmediatos.

f) Información pública por plazo no inferior a quince días.

En el caso que nos atañe, no consta que en el expediente se cumpliera con los trámites exigidos, pero sobre todo, y fundamentalmente, parece que el cesionario era persona física que iba a desarrollar una actividad con ánimo de lucro, como es el caso de una tienda de náutica, algo que no cabe legalmente, constatándose, por tanto, su inviabilidad.

- La segunda hipótesis sería la de no gratuidad de la cesión, dado el compromiso del interesado de asumir el acondicionamiento del local municipal con un valor estimado de 46.000,00 € y fundamentalmente por su finalidad una vez concluida la cesión *«para su posterior utilización por esta Institución»*.

En este supuesto se estaría a lo dispuesto en el art. 106.1 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, precepto que dispone que *«La explotación de los bienes o derechos patrimoniales podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico, típico o atípico»*, continuando el 107.1 del mismo texto legal, que: *«Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente»*.

Por su parte, el art. 92.1 RBEL dispone que *«El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las Entidades locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora siempre que la duración de la cesión fuera superior a cinco años o el precio estipulado exceda del 5 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto»*. En este caso ni se fijó precio cierto ni duración para determinar si era necesaria la subasta.

El apartado 2 de dicho artículo indica que *«en todo caso, el usuario habrá de satisfacer un canon no inferior al 6 por 100 del valor en venta de los bienes»*.

Por ello, debería haber constado en el expediente un informe técnico de valoración de la parte de la finca sobre la que se pretende el contrato.

4. La conclusión a la que llega este Consejo Consultivo es que la cesión realizada no tuvo el carácter de gratuita siendo de aplicación a la tramitación los preceptos legales antedichos en el apartado precedente y en particular el art. 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que establece que la regla general es la adjudicación por concurso, salvo que concurra

alguno de los supuestos enumerados en el mismo, circunstancia que no se justifica en el expediente. Por tanto, que no haya habido concurrencia competitiva, significa la conculcación de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato, elementos esenciales de cualquier concurso.

De lo anterior se infiere que el Acuerdo que se pretende revisar, por el que se cedió el local de manera provisional y -se dice- en precario con adjudicación directa y compromiso de acondicionar el local, es un acto en el que se omitieron trámites esenciales, siendo equiparable a haber prescindido totalmente del procedimiento legal previsto, tanto porque con carácter general debería de haber promovido la concurrencia competitiva y por tanto publicidad, que son trámites esenciales, como, de haberse observado esa publicidad y concurrencia, además de la existencia de una valoración y la fijación de una renta, podría haber determinado un acto de contenido distinto.

En consecuencia, y prescindiendo de otras consideraciones, ello implica la concurrencia de causa de nulidad prevista en el art. 62.1, letra e) LRJAP-PAC, por lo que la Propuesta de Resolución se ajusta a Derecho, dictaminándose favorablemente su revisión.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que pretende la declaración de nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de octubre de 2004, se ajusta a Derecho, por lo que se dictamina favorablemente su revisión de oficio.