

En Logroño, a 13 de noviembre de 2009, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, habiendo excusado su asistencia el Consejero, D. Pedro de Pablo Contreras, y siendo ponente D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

83/09

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local de La Rioja, en relación con el *expediente instruido por el Ayuntamiento de Gimileo, relativo a la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno de la Corporación de fecha 4 de junio de 2009, sobre aprobación provisional del Plan General Municipal de Gimileo.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Con fecha 30 de julio de 2009, de entrada en el registro general de la CAR, aunque dirigido al Ayuntamiento de Gimileo, D. J. L. J. A. presenta un escrito, en el que, tras tener conocimiento del punto núm. III del Acuerdo adoptado en el Pleno del Ayuntamiento de 4 de junio de 2009, por el que se procede a la aprobación provisional del Plan General Municipal, en virtud de una copia del acta de que le fue entregada el día 11 de julio, solicita ante el reiterado Ayuntamiento que: *“acomode su actuación, en lo relativo al deber de abstención, a las exigencias que derivan del contenido del artículo 28 de la Ley 30/1992, retrotrayendo a tal efecto las actuaciones y adoptando las resoluciones que procedan, todo ello con advertencia de reserva del ejercicio de acciones de responsabilidad que puedan corresponder”* (folios 1 a 3 del expediente administrativo). No se adjunta al escrito documentación alguna.

La alegación nº 9 al Plan Municipal de Gimileo, presentada por D^a I. J. A. en el trámite de aprobación inicial de dicho Plan, y que es objeto de aprobación en el punto núm. III del Acuerdo de aprobación provisional de dicho Plan, adoptado en el Pleno del Ayuntamiento de 4 de junio de 2009 y cuya nulidad se solicita, dice textualmente que: *“se reflejen en el mismo las conexiones de agua, desagüe y electricidad a mi vivienda, así*

como un pozo existente para bomba de agua en el suministro de la misma, con una superficie de 4m² (2x2)”.

Segundo

El 3 de septiembre de 2009, se dicta Providencia de la Alcaldía *“en relación con la nulidad de pleno derecho del acto administrativo de aprobación provisional del Plan General Municipal por Acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal de fecha 4 de junio de 2009, por tener D^a S. J. L., Concejala del Ayuntamiento de Gimileo, relación de parentesco de consanguinidad en tercer grado con la alegante, y no habiéndose abstenido en la votación de la alegación”*; por la que se dispone que *“se emita informe por Secretaría en relación con el procedimiento y la legislación aplicable para, en su caso, declarar la nulidad de pleno derecho. Asimismo, si existen razones para tramitar el expediente”* (folio 5 del expediente).

El 10 de septiembre de 2009, con acuse de recibo del siguiente día 14 del mismo mes y año, se notifica a D. J. L. J. A. la entrada en el registro del Ayuntamiento de su escrito, al tiempo que se le informa de las cuestiones jurídicas relativas a la tramitación del procedimientos, de los plazos legalmente establecidos al efecto y de las consecuencias del transcurso de los mismos (folios 6 y 7).

Tercero

En el Informe emitido por la Secretaría de la Corporación Local, de fecha 10 de septiembre de 2009, se pone de relieve cómo la alegación nº 9 al Plan Municipal de Gimileo, presentada por D^a I. J. A. en el trámite de aprobación inicial de dicho Plan, y que fue objeto de aprobación como punto núm. III del Acuerdo de aprobación provisional del reiterado Plan, adoptado en el Pleno del Ayuntamiento, de 4 de junio de 2009, cuya nulidad se solicita, dice textualmente que: *“se reflejen en el mismo las conexiones de agua, desagüe y electricidad a mi vivienda, así como un pozo existente para bomba de agua en el suministro de la misma, con una superficie de 4m² (2x2)”*; y se concluye:

“Esta Secretaría, en consecuencia, considera que el hecho de que figuren en el Plan General de Gimileo las redes existentes en el Municipio de abastecimiento, saneamiento, alumbrado público, etc, es una cuestión independiente a la concreta relación de parentesco entre la Concejala y la persona concreta que ha puesto de manifiesto esta omisión a la entidad local y, por lo tanto, la alegación se hubiese acogido en todo caso. Precisamente por esta razón, podría aplicarse a este supuesto el artículo 66 de la Ley 30/1992, que prevé que «el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido de hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción», lo que permitiría respaldar la opción de proceder únicamente a declarar la nulidad del acuerdo en lo relativo al pozo y conservar su validez respecto del resto” (folios 8 a 14).

Cuarto

Visto el citado informe emitido por la Secretaría, en sesión extraordinaria del Pleno de la Corporación Municipal, de 17 de septiembre de 2009 (folios 14 y 15), se acuerda, *“iniciar el procedimiento de revisión de oficio”* del tan reiterado punto III, en los siguientes términos: *“A) Anulando la parte que se refiere a la solicitud de que se refleje en el Plan General Municipal un pozo existente para bomba de agua, para el suministro de la misma, con una superficie de 4m². (2x2), considerando que se encuentra incurso en la siguiente causa de nulidad: tener D^a S. J. L., Concejala del Ayuntamiento de Gimileo, relación de consanguinidad en tercer grado con la alegante y no haberse abstenido en la votación de su alegación. B) Mantener la parte del acuerdo que se refiere a que se reflejen en el Plan General las conexiones de agua, desagüe y electricidad”* .

Se acuerda, asimismo, *“notificar a los interesados para que, en el plazo de diez días, presenten alegaciones y sugerencias que considere(n) necesarias”* y *“solicitar Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo...”* (folio 15); y constan en el expediente, tanto el cumplimiento de dicha notificación a D. J. L. J. A. (folios 16 y 17), como que *“se ha dado trámite de audiencia por un plazo de 10 días, a los interesados en el expediente de revisión de oficio ... y que, durante este plazo, no se ha presentado ninguna alegación”* (folio 18); y se ha remitido el expediente administrativo de revisión de oficio a este Consejo.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 21 de octubre de 2009, registrado de entrada en este Consejo el 29 de octubre de 2009, el Ayuntamiento de Gimileo, a través del Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 29 de octubre de 2009, registrado de salida el 29 de octubre de 2009, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad, ámbito y contenido del dictamen del Consejo Consultivo.

El art. 102.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que, *“en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2”*.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11. f) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, concordante con el artículo 12.2.f) de su Reglamento Orgánico y funcional, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, dispone que el Consejo Consultivo de la Rioja emitirá dictamen, preceptivamente, en los asuntos relativos a la *“Revisión de oficio de los actos administrativos en los casos y con los efectos previstos en la legislación vigente”*.

En cuanto a la competencia de este Consejo Consultivo para emitir el Dictamen solicitado, resulta de aplicación a este caso lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Ley reguladora, conforme a la cual *“La Administración institucional de la Comunidad Autónoma de La Rioja, Los Consorcios en que participe la Comunidad Autónoma de La Rioja, las Entidades que integran la Administración Local de La Rioja, así como la Administración Corporativa constituida en la Comunidad Autónoma de La Rioja, podrán solicitar al Consejo Consultivo de La Rioja exclusivamente los Dictámenes que sean preceptivos y se refieran a asuntos de su competencia, y siempre a través del titular de la Consejería competente por razón de la materia”*. Este precepto ha sido desarrollado, en lo que interesa a este supuesto, por el artículo 8 de nuestro Reglamento orgánico. Por tanto, es evidente la inclusión de los Ayuntamientos y particularmente del Ayuntamiento de Gimileo, dentro del supuesto de hecho que contemplan estos preceptos.

En consecuencia, siendo el dictamen preceptivo por razón de la materia y habiéndose cumplido todos los requisitos procedimentales exigidos por la Ley y el Reglamento reguladores del Consejo Consultivo de La Rioja, resulta procedente la emisión del Dictamen solicitado.

Por lo demás, nuestro Dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 102.1 LPAC constituye un requisito procedimental habilitante previo de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si es favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada, convirtiéndose, en caso contrario, en obstativo de la revisión (entre otros, D. 65/04, F.J.1).

En cuanto al contenido del Dictamen, necesariamente debe versar sobre el cumplimiento de los requisitos y garantías del procedimiento especial de revisión de actos nulos y los motivos de nulidad contemplados el artículo 102 en relación con el artículo 62 de la Ley 30/1992 LPAC, en el caso sometido a examen por este Consejo.

Segundo.

Sobre el cumplimiento de los requisitos y garantías del procedimiento especial de revisión y la procedencia de ésta en el supuesto dictaminado.

De los hechos y antecedentes que obran al expediente administrativo, se desprende que se han cumplido los trámites y garantías establecidos para el procedimiento especial de revisión de los actos nulos regulado en el artículo 102.2 de la Ley 30/1992. Asimismo, se extrae que el acto objeto de la pretendida revisión lo es por incurrir en el supuesto previsto en el art. 62.1,e) de la mencionada Ley, relativo a los actos dictados “prescindiendo total o absolutamente del procedimiento establecido o *de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*”, toda vez que, conforme al artículo 76 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, “*Los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas*”; y el artículo 28 de la LPAC dispone que: “*las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo precedente*”. Añade su núm. 2 que son motivos de abstención los siguientes: “*b) tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato*”. Y, el

apartado 3 establece que “la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención *no implicará necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido*”; de manera que, como el mismo solicitante de la nulidad reconoce, la invalidez del acto administrativo sólo se producirá si se acredita que la actuación de la persona en quien concurre la causa de abstención ha sido determinante para la adopción del Acuerdo.

Y, en el caso sometido al Dictamen de este Consejo, al Ayuntamiento de Gimileo se solicita la revisión del punto nº III del Acuerdo adoptado en el Pleno de fecha de 4 de junio de 2009 sobre la “*aprobación provisional del Plan General Municipal de Gimileo*”, en el que se aprueba la alegación nº 9 presentada por Dª I. J. A. en la fase de aprobación inicial de dicho Plan, cuyo contenido consta en el Antecedente Primero, por existir relación de parentesco entre la Concejala Dª S. J. L. y la alegante. Tras la tramitación del oportuno procedimiento, la Corporación Municipal acuerda la nulidad parcial de dicho punto de Acuerdo.

Consta en el expediente, como hecho incontrovertido entre las partes, el parentesco en grado de consanguinidad en tercer grado entre la citada Concejala, que participó en la sesión y votó el citado punto nº III –que fue aprobado por unanimidad- y la alegante, porque así lo afirma D. J. L. J. A. en su escrito de solicitud que da lugar al procedimiento de revisión de oficio (folio 2), así se expresa en el Pleno del Ayuntamiento de 17 de septiembre de 2009 (folio 15) y no resulta cuestionado en el trámite de audiencia por ninguna de las partes (folio 18). Pero no es posible valorar con la exactitud deseada por este Consejo el carácter determinante o no de la actuación de dicha Concejala dentro del procedimiento examinado, ya que no se ha practicado actividad probatoria alguna en ese sentido por el alegante de la infracción ni por el Ayuntamiento que ha instruido el expediente.

Tan sólo puede constatarse que la alegación nº 9 al Plan General Municipal de Gimileo contiene dos peticiones: de una parte, que “*se reflejen en el mismo las conexiones de agua, desagüe y electricidad a la vivienda*” de la alegante y, de otra, que se refleje en él la existencia de un pozo “*para bomba de agua para el suministro de la misma, con una superficie de 4m² (2x2)*”. Y que, mientras la segunda, a juicio de la Secretaría General de la Corporación Municipal, no afecta al interés general del Municipio por tratarse de “*un pozo de agua, ...situado en un terreno privado...*”, la primera no es más que el cumplimiento de lo previsto en los artículos 64.g) y 66.d) de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo y de La Rioja, por cuya virtud, “*tanto en el suelo urbano no consolidado como en suelo urbano delimitado, en los que está incluido el suelo objeto de la alegación, el Plan General contendrá las características y trazado de las redes de abastecimientos de agua, alcantarillado, energía eléctrica y de aquellos otros servicios que, en su caso, prevea el Plan*”; lo que, a juicio del Secretario informante,

determina la nulidad del Acuerdo en lo relativo al pozo y la conservación de la validez respecto del resto del acuerdo, de conformidad con los citados preceptos.

Ahora bien, aplicando al caso el criterio jurisprudencial de la llamada “prueba de resistencia” de los actos colegiales, por la que éstos son válidos si, prescindiendo del voto e intervención de la persona afectada por la causa de abstención o recusación, se hubieran adoptado igualmente (STS de 14 de abril de 1987 y SS de los TSJ del País Vasco, de 5 de mayo de 2001, y de Navarra, de 31 de octubre de 2002), parece claro que, en este caso, el Acuerdo municipal no puede ser declarado nulo por la sola concurrencia de una causa de abstención en una Concejala, como bien sostiene el informe del Secretario municipal, en base al art. 28.3 LPAC y confirman las SSTS de 5 de febrero de 1981 y 21 de septiembre de 1988, máxime cuando no ha sido probada una posible intervención determinante de dicha Concejala en la aprobación del Acuerdo y éste ha sido adoptado por unanimidad, esto es, no sólo por la Concejala afectada sino por todos los demás Concejales.

En cuanto se refiere al pozo, éste es una instalación en un terreno privado que, si bien puede tener su reflejo en la descripción de la finca correspondiente a distintos efectos, como los registrales, catastrales ó incluso urbanísticos, sin embargo, por sí misma, no afecta al Plan General Municipal de Urbanismo, por lo que su contemplación o no en el mismo resulta irrelevante y, además, constituye un aspecto menor y marginal, por lo que, aplicando al caso la doctrina jurisprudencial (cfr. STS de 26 de marzo de 1987) de la necesaria relevancia de la infracción para poder apreciar una nulidad radical en el acto administrativo (criterio *de minimis*), este Consejo entiende que no puede ser apreciada la concurrencia en el presente caso de ninguna causa de nulidad de pleno derecho, y, por lo tanto, no procede la revisión de oficio propuesta, al carecer manifiestamente de fundamento (cfr. art. 102.3 LPAC).

CONCLUSIONES.

Primera

Este Consejo tiene competencia para dictaminar sobre el expediente instruido por el Ayuntamiento de Gimileo, relativo a la revisión de oficio de parte del punto núm. III del Acuerdo del Pleno de la Corporación de fecha 4 de junio de 2009, sobre aprobación provisional del Plan General Municipal.

Segunda

No procede la expresada revisión de oficio, según se ha razonado en el cuerpo de este dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero