

En Logroño, a 22 de marzo de 2013, 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. Pedro de Pablo Contreras, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**18/13**

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de C., a través de la Consejería de Obras Públicas, Política Local y Territorial, sobre la revisión de oficio del acto administrativo de empadronamiento en el domicilio de su padre en C. de los menores A., L. y D. Z. V.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

Mediante Decreto de 26 de octubre de 2012, el Alcalde de C. resolvió «*iniciar expediente de revisión de oficio del Acuerdo por el que se autoriza la inscripción en el Padrón municipal de habitantes de C., con fecha 24 de noviembre de 2011, de los tres menores, A., L. y D. Z. V., (hijos) de D. J. M. Z. R. y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> I. V. G., en el domicilio sito en A. de V., n<sup>o</sup> xx, e. x, p. x, p. x, que se corresponde con una de las viviendas del nuevo C. de la G. C. en C., por cuanto el referido acto administrativo incurre en causa de nulidad de las previstas en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común*» (folio 21).

El fundamento de dicho procedimiento se basa en los siguientes hechos:

1. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> I. V. G., con domicilio en la calle V., n<sup>o</sup> x, de C. R., madre biológica de los menores y esposa, separada legalmente, de D. J. M.Z., pone en conocimiento del Ayuntamiento de C., mediante escrito de 8 de mayo de 2012, que, al solicitar un certificado de empadronamiento en C.R., de ella y de sus tres hijos menores, se entera de que éstos han sido empadronados, desde octubre de 2011, en C. (L. R.), cuando sus hijos no han cambiado de domicilio y siguen con ella.

Añade que, en su condición de madre, tiene la guarda y custodia de sus hijos, de acuerdo con la Sentencia 65/03, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de S. C., de 16 de octubre de 2003, de la que aporta copia, así como los DNI de los menores y el Libro de familia. Solicita conocer quién ha realizado el cambio de empadronamiento y con qué documentación, dado que los menores estaban en octubre cursando sus estudios en C.R.

2. La funcionaria responsable del Padron municipal de C. informa que el alta de los menores se realizó el 24 de octubre, a petición de, y junto a, D. J. M. Z. R., procedentes todos ellos de C. R.; que se procedió a la baja el 9 de mayo de 2012, aceptando los datos transmitidos en el fichero del Instituto Nacional de Estadística, por destino de los menores a C. R.; se relaciona el domicilio en C. y la documentación aportada (hoja de inscripción padronal y hoja de autorización para inscripción en domicilio de otra persona, firmadas por D. J. M.Z.; y , finalmente, se indican las funcionarias que tramitaron el alta y la baja en el Padrón.

3. La funcionaria que tramitó el alta informa acerca de su actuación en la solicitud de empadronamiento, presentada, el 24 de octubre de 2011, por D. J. M. Z. R. (no Vila), en su propio nombre y en representación de sus hijos menores de edad, aunque no aportó fotocopia de la documentación preceptiva, pero el solicitante sí exhibió el original de su DNI y el Libro de familia en el que constaban inscritos, como hijos suyos, los menores, aunque no puede afirmar si este último documento era original o un duplicado. Añade que, ese mismo día, se facilitó al peticionario el volante de empadronamiento que necesitaba para justificar la adjudicación de una vivienda para los miembros que componían su unidad familiar. También añade que el interesado se presentó *«vestido con su uniforme reglamentarios como miembro de la G. C., lo cual indujo un plus extra de confianza en que lo que estaba solicitando estaba dentro de la legalidad, dada la supuesta probidad moral de los miembros de la Benemérita»*.

4. El Alcalde, mediante oficio de 5 de septiembre de 2012, comunica a la interesada la información precisa, refiriéndose que, el 9 de mayo de 2012, se anotó la baja de los menores por cambio de domicilio conforme a la transmisión de datos del fichero remitido por el INE, con destino a C. R.

5. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> I. V. G., mediante escrito, sin firma ni rubrica, a la vista del trastorno y perjuicios causados por la *«acción del padre falseando la verdad»* y como quiera que, para disfrutar del beneficio del título de familia numerosa en Castilla-La Mancha, es necesario *«llevar dos años empadronados en la Comunidad de forma ininterrumpida»* y ella y sus hijos lo han estado desde el 7 de enero de 2000, pero se ha interrumpido desde el 24 de octubre de 2011 al 9 de mayo de 2012, solicita que se inicie el procedimiento de revisión de oficio del empadronamiento realizado, declarando la nulidad del mismo.

6. El Alcalde, mediante escrito de 18 de septiembre, requiere a la interesada, que subsane la falta de firma y rúbrica de su solicitud, lo que se cumplimenta en escrito registrado el 24 de septiembre de 2012.

7. La Secretaria municipal emite informe, el 26 de octubre de 2012, en el que expone los hechos, de acuerdo con los cuales, dada la separación legal del matrimonio y la atribución de la guarda y custodia a la madre, D. J. M. Z. «*no estaba legalmente autorizado para solicitarlo*» (se refiere al empadronamiento de sus hijos menores). Expone las normas aplicables al caso (tramitación administrativa del procedimiento; la nulidad de pleno Derecho de la inscripción de empadronamiento de los menores en el C. de la G. C. de C.; la adecuación del procedimiento de revisión de oficio de la inscripción en el padrón; y el órgano competente para resolver) y, a la vista de todo ello, propone iniciar procedimiento de revisión de oficio, lo que efectivamente resuelve el Alcalde por el Decreto referido.

### **Segundo**

El Decreto de Alcaldía, de 26 de octubre de 2012, fue notificado, mediante escrito de salida de 28 de noviembre de 2012, a la interesada, al INE y a D. J. M. Z. R., constando los acuses de recibo correspondientes.

Sólo D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> I. V. G. presenta escrito de alegaciones y se persona en el procedimiento, solicitando que se una al mismo toda la documentación aportada por ella, así como, a la vista de la actuación de D. J. M. Z., que «*procede la aplicación del art. 107 del RD 1690/1986, de 11 de julio, en relación con el art. 59 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril*»

### **Tercero**

El Alcalde, mediante Decreto de 11 de febrero de 2013, solicita nuestro preceptivo dictamen en el procedimiento de revisión de oficio tramitado, tras una exposición razonada que debe considerarse como Propuesta de resolución del mismo. La solicitud es remitida por escrito del mismo día, registrado el 20 de febrero siguiente, a la Dirección General de Política Local, donde se registra el 26 de febrero de 2013.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito de 26 de febrero de 2013, registrado de entrada en este Consejo el día 5 de marzo de 2013, el Ayuntamiento de Calahorra, a través del Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Política Local y Territorial del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo

Consultivo de La Rioja, concretamente a su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el día 7 de marzo de 2013, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar 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 y ámbito del dictamen del Consejo Consultivo.**

El art. 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), establece la posible revisión de disposiciones y actos nulos de pleno Derecho por las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el art. 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 art. 12.2.f) de nuestro Reglamento, 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"*.

El art. 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local, (LRBRL), habilita a las Entidades Locales a revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

Por lo demás, nuestro dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el citado art. 102.1 LPAC tiene carácter preceptivo y 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, tal y como hemos señalado en diversos dictámenes (cfr: D. 65/04, D.28/05, D.29/05, D.34/05, D.35/05, D.36/05, D.40/05, D.41/05, D.42/05, D.43/05, D.60/05, D.61/05, D.67/05 y D.101/05; D.17/06, D.20/06, D.59/06 y D.73/06; D.57/07, D.66/07, D.88/07, D.94/07; D.46/08, D.78/08, D.99/08; D.83/09, D.40/10; D.48/10, D.96/10, D.40/11, D.44/11, D.2/12 y D.1/13).

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 en el art. 102, en relación con el art. 62 de la Ley 30/1992, en el caso sometido a examen de este Consejo.

## **Segundo**

### **Sobre la concurrencia de la causa de nulidad del art. 62.1, f) LPAC en la inscripción padronal de los menores por quien no tiene su guarda y custodia.**

En el presente procedimiento, este Consejo Consultivo, adelanta, en cuanto al fondo del asunto, que concurre la causa de nulidad del art. 62.1.f) LPAC, al haberse tramitado el alta de los menores por quien (su padre) carecía de la guarda y custodia de los mismos, de acuerdo con la Sentencia judicial de separación matrimonial aportada, como acertadamente ha sido valorado en los informes y Propuesta de resolución remitida.

En efecto, el Padrón de habitantes es un Registro administrativo en el que están inscritos los vecinos del municipio (art. 16.1 LRBRL). Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio que resida habitualmente (art. 15 LRBRL), adquiriendo la condición de vecino «*en el mismo momento de su inscripción en el Padrón*» (párrafo final art. 15). La formación, mantenimiento, revisión y custodia del Padrón municipal corresponde al Ayuntamiento, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado (art. 17.1 LRBRL). La gestión del Padrón municipal se llevará por los Ayuntamiento con medios informáticos (art. 17.1, segundo párrafo LRBRL). Los Ayuntamientos remitirán al Instituto Nacional de Estadística los datos de sus respectivos Padrones fin de que pueda llevarse la

coordinación entre los Padrones de todos los municipios (art. 17.3 LBRL), pudiendo este organismo, en aras a subsanar posibles errores y evitar duplicidades, realizar las comprobaciones oportunas (art. 17.3, segundo párrafo).

En desarrollo de estas previsiones legales, el Estado aprobó el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales (en adelante, RPDT), así como la Resolución de 4 de julio de 1997 (BOE de 25 de julio de 1997), por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre actualización del Padrón municipal.

De acuerdo con el art. 54.2 RPDT, los menores de edad no emancipados tendrán la misma vecindad que los padres que tengan su guarda o custodia o, en su defecto, de sus representantes legales, salvo autorización por escrito para residir en otro municipio. La hoja padronal o formulario será firmada por todos los vecinos cuyos datos figuren en la misma o, en su caso, por su representante legal (art. 59.1 RPDT). Los vecinos están obligados a comunicar al Ayuntamiento las variaciones que experimenten sus circunstancias personales y, cuando afecte a menores de edad, esta obligación corresponde a sus padres o tutores (art. 68 RPDT). Las personas que cambien de residencia deben solicitar el alta en el padrón del municipio de destino, el cual, en los diez primeros días del mes siguiente, la remitirá al municipio de procedencia, donde se dará de baja en el padrón al vecino trasladado sin más trámite (art. 70 RPDT).

Los hechos descritos no pueden ser más claros. El padre de los tres menores procedió a darles de alta en el Municipio de C. (con independencia ahora de las razones que hayan podido justificar esa actuación, presumiblemente relacionada con el otorgamiento de una vivienda en la C. C. de la G. C. de C.), cuando la guarda y custodia de los referidos menores fue otorgada por Sentencia 65/03, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Clemente, a la madre (dispositivo 1 del Fallo), ejerciéndose conjuntamente por ambos progenitores las facultades inherentes a la patria potestad (las decisiones de extraordinaria importancia, como se afirma en el Fundamento de Derecho Segundo). La razón de esta atribución a la madre es que «*los hijos menores siempre han permanecido en compañía de la madre*», Fundamento de Derecho 2).

Es evidente, que la decisión de inscribirlos como vecinos en el municipio de C., sean cuales fueren las razones de ello, además de ser una mera operación formal, pues los menores nunca han abandonado la residencia y vecindad en C. Real, no se hizo con el consentimiento de la madre, que es la persona que ejerce la «guardia y custodia» de los menores.

Concurre, en consecuencia, el supuesto de nulidad contemplado en el art. 62.1.f) LPAC, a cuyo tenor son nulos de pleno Derecho *los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*. En efecto, en el presente caso, el requisito esencial que falta es el consentimiento expreso de la madre de los menores que tiene

conferida judicialmente la guarda y custodia de los mismos.

Dicha causa concurre con independencia de la documentación exhibida ante el servicio municipal para proceder al alta en el Padrón de habitantes de C., así como de la disfunción producida por la tardanza en advertir la inscripción irregular, que se constata meses después, en el momento en el que la madre solicita un certificado de empadronamiento en municipio de C. Real, lugar de residencia de los menores.

Aunque, en el presente caso, ya se ha producido la rectificación de la inscripción padronal indebida y constan los menores empadronados en C. Real, donde nunca han dejado de residir, como quiera que consta que el acto nulo de pleno derecho ha producido una apariencia de legalidad, desde el el 24 de octubre de 2011 hasta el 9 de mayo de 2012, el efecto de la revisión debe consistir en declarar la nulidad de la inscripción padronal en ese período, extendiéndose la oportuna nota marginal que advierta de su nulidad a todos los efectos legales.

### **Tercero**

#### **Efecto de la falta de resolución expresa en plazo para resolver el procedimiento**

El presente procedimiento de revisión de oficio ha sido iniciado a solicitud de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> I. V., madre de los menores. El plazo para resolver esta clase de procedimiento es, de acuerdo con el art. 102.5 LPAC, de tres meses, teniendo en cuenta que, cuando el procedimiento haya sido iniciado a solicitud de los interesados y no haya resolución expresa en dicho plazo, *«se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo»*.

El innicio del cómputo de dicho plazo no se produce, sin embargo, el día de la presentación de la solicitud del interesado, sino el de la fecha del Decreto del Alcalde, el 26 de octubre de 2012. En consecuencia, el plazo para entender desestimada la solicitud era el 26 de enero de 2013. La solicitud de dictamen pedida por el Alcalde es de 13 de febrero, de 2013, registrada de salida el 20 de febrero siguiente; registrada en la Dirección General de Política Local el 26 de febrero y registrada de entrada en este Consejo Consultivo el 5 de marzo. Aunque, por aplicación del art. 42.5. c) LPAC, deba entenderse que la petición de nuestro preceptivo dictamen (que es determinante, al ser habilitante de la decisión municipal que se adopte) suspende el cómputo del plazo, es evidente que, en el presente caso, la falta de resolución expresa produce la desestimación de la solicitud.

Ahora bien, a diferencia del procedimiento de revisión de oficio, iniciada de oficio, en el que la falta de resolución en plazo determina la caducidad del procedimiento, en el presente caso, iniciado a instancia de parte interesada, nada impide que, emitido nuestro dictamen, el Ayuntamiento adopte una resolución expresa tardía por la que anule la inscripción padronal indebidamente realizada, por concurrir la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.f)

LPAC.

En el presente caso, este Consejo Consultivo considera que esa es la interpretación más favorable al principio *pro actione* y a la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Y es que no cabe ignorar los efectos meramente formales de este procedimiento, pues materialmente los menores nunca han dejado de residir en C. Real (dado que el régimen de visitas al que tienen derecho el padre y los menores, establecido en la Sentencia judicial de separación, nunca interrumpe la residencia efectiva en dicha ciudad). Por esa razón, carecería de sentido un pronunciamiento que no entrase, aunque sea tardíamente, en el fondo del asunto. La situación de la interesada no puede verse agravada por la disfunción que ha supuesto, a la vista de la clara concurrencia del presupuesto de hecho, el retraso en la tramitación del presente procedimiento.

## CONCLUSIONES

### Única

El acto administrativo de inscripción en el Padrón de habitantes de C. de los menores A., L. y D. Z. V. fue nulo de pleno Derecho, al haber sido cumplimentada la hoja de inscripción padronal por su padre, D. J. M. Z. R., que lo hizo sin conocimiento ni consentimiento de la madre de los menores, a la que, por Sentencia judicial, le corresponde la guarda y custodia de sus hijos, y que es la persona con quien conviven los menores en C. R., razón por la que concurre en este caso la causa de nulidad del art. 62.1.f) LPAC y procede declarar nulo dicho acto y que el mismo ha de considerarse como carente de todo efecto durante el plazo en el cual ha tenido una apariencia de legalidad, es decir, desde el 24 de octubre de 2011 hasta el 9 de mayo de 2012.

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