

Expediente Núm. 173/2010
Dictamen Núm. 193/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 9 de septiembre de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 8 de junio de 2010, examina el expediente de revisión de oficio incoado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de abril de 2010, al objeto de declarar la nulidad de una licencia de cierre de finca concedida por el mismo órgano el 6 de junio de 2009, por estimar que afecta a camino público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Llanera, adoptado en sesión celebrada el 6 de junio de 2009, se concede a licencia “para llevar a cabo obras de cierre de entrada a finca, en Robledo,, Lugo-Llanera”, constanding expresamente, al pie del mismo oficio, que “la presente

licencia se autoriza dejando a salvo el derecho de propiedad, sin perjuicio de terceros ni del interés público ni privado”.

Como antecedente figura, únicamente, la solicitud de licencia de obras para “cierre a la entrada de la finca”, cumplimentada por el interesado en modelo normalizado; sin que se hayan incorporado los “informes obrantes en el expediente” a los que se hace referencia en el encabezamiento de la resolución favorable.

Consta a continuación en las actuaciones la solicitud dirigida al Consistorio por un vecino de la localidad, registrada de entrada el 10 de noviembre de 2009, instando la comprobación del retranqueo de la obra autorizada y de si esta “cierra un camino público”.

Con fecha 17 de noviembre de 2009, y en relación con la anterior solicitud, emite informe el Técnico del Servicio de Montes Comunales y Catastro, señalando que entre los caminos reparados por el Ayuntamiento “durante los meses de verano de 2009” se encuentra “un ramal que tiene su inicio en el camino principal de Robledo, y tras un recorrido de 80 metros a través de la parcela (...) concluye en la vivienda número”. Añade el informante que “el acceso desde el camino principal al citado ramal siempre ha permanecido abierto, sin que haya existido ningún impedimento físico para el acceso al mismo, como así se acredita en el reportaje fotográfico que se acompaña”, reseñando finalmente que “según se desprende de la consulta realizada a través de la Oficina Virtual del Catastro, dicho ramal de 80 metros figura incluido en la red de caminos del pueblo de Robledo, identificado con la referencia catastral (...), exento de tributación sobre el Impuesto de Bienes Inmuebles”. Se adjuntan al informe tres fotografías del camino y el impreso de la consulta descriptiva y gráfica obtenido de la Oficina Virtual del Catastro.

A solicitud de la Alcaldía, con fecha 26 de noviembre de 2009 libra informe el Aparejador Municipal. En él se manifiesta, acompañando planos, que el camino controvertido “figura tanto en los planos de las NNSS, en vigor, como en los del PGOU, aprobado inicialmente”.

Con fecha 30 de noviembre de 2009 emite informe el Secretario municipal, concluyendo que procede “incoar procedimiento para declarar de oficio la nulidad de la licencia otorgada”, con suspensión de sus efectos, por concurrir “los supuestos de nulidad que se recogen en el artículo 62.1 letras f y g de la Ley 30/92”. Así se acuerda, reproduciendo el contenido del informe, por Resolución de la Alcaldía de 2 de diciembre de 2009, dándose traslado a los interesados y ratificándose la decisión por la Junta de Gobierno Local en sesión de 4 de diciembre del mismo año.

Consta, a continuación, una solicitud de “ortofoto” de la parcela, a la que siguen la información extraída del catastro y la fotografía obtenida por el centro de gestión catastral en vuelo fotogramétrico. Tras la solicitud del afectado de copia del expediente y la resolución favorable a su expedición, obra en lo actuado un escrito de alegaciones de aquél, registrado de entrada el 12 de enero de 2010, en el que sostiene que se trata de “un camino privado cuyo uso es exclusivamente privado”, manifestando el dueño de la parcela que “el camino se realizó sobre parte de la finca (...) para dar servicio a mi vivienda (...). La veracidad de estas afirmaciones se puede comprobar en la escritura pública de la propiedad donde no figura, ni existe mención alguna como lindero de la misma, el camino que se pretende como público”, el cual, según posteriormente añade, “discurre durante todo el trayecto por una propiedad privada y (...) da únicamente uso a una vivienda”. Propone la testifical de un vecino, que identifica, y acompaña certificación del Registro de la Propiedad, con la descripción de la finca, y fotografía aérea atribuida al Catastro Histórico de Llanera.

Con fecha 15 de enero de 2010 libra informe el Técnico del Servicio de Montes Comunales y Catastro, manifestando que en la fotografía aérea correspondiente al Catastro Histórico, que data de 1959, “se aprecia la existencia de un camino con trazado similar al actual, y que en el Catastro Inmobiliario en vigor desde 1 de enero de 1993, elaborado en base al vuelo fotométrico realizado en julio de 1991, sí aparece y se aprecia el ramal

cuestionado, identificado con referencia catastral específica. Añade el informante que, examinado el testigo propuesto por dos agentes (los cuales rubrican también el informe), de sus declaraciones “se desprende que el ramal del camino siempre ha permanecido abierto para dar acceso a la vivienda (...), sin que se haya impedido el paso”, no teniendo el vecino interrogado “constancia de que el propietario de la vivienda se haya opuesto (...) o reclamado la propiedad” durante la ejecución de las obras de reparación del vial por el Ayuntamiento. Se recoge, por último, que tomada declaración a varios vecinos más, estos corroboran los extremos descritos, si bien uno de los encuestados manifiesta que en una ocasión se impidió el paso a unos camiones con ocasión de las obras en una finca colindante. Se adjuntan copias de las fotografías aéreas, en las que se observa el ramal viario.

El día 31 de marzo de 2010 el Secretario municipal informa sobre la procedencia de declarar la caducidad del expediente, sin perjuicio de la incoación de un nuevo procedimiento de oficio.

2. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión de 9 de abril de 2010, se dispone, previa declaración de la caducidad del procedimiento anterior, “la iniciación de un nuevo procedimiento para declarar de oficio la nulidad de la licencia otorgada (...) en preservación del bien de dominio público que se define como ramal del camino principal de Robledo”, con incorporación de las actuaciones realizadas al expediente incoado y con apertura de nuevo trámite de audiencia, lo que se comunica a los interesados y a las dependencias locales afectadas.

3. Con fecha 25 de mayo de 2010 libra informe el Secretario municipal, concluyendo, a la vista de lo actuado y con abundante reseña jurisprudencial, el carácter público del camino que se pretende cerrar.

4. En sesión de 28 de mayo de 2010, la Junta de Gobierno Local acuerda, a modo de propuesta de resolución, desestimar las alegaciones del perjudicado, reproduciendo las consideraciones del anterior informe de Secretaría, acordándose asimismo la “suspensión del plazo para resolver en tanto se emita Dictamen por el Consejo Consultivo”, lo que se comunica a los interesados y a las dependencias locales intervinientes.

5. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de junio de 2006, registrado de entrada el día 24 de junio de 2010, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 6 de junio de 2009 por el que se concede licencia de cierre de una finca, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Llanera, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), el

Ayuntamiento de Llanera se halla debidamente legitimado en cuanto autor del acto cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 102.1 de la LRJPAC dispone que “Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado (...), declararán 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 artículo 62.1”.

No obstante, el artículo 106 de la referida LRJPAC establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”. En el caso que examinamos, entendemos que no concurre en el procedimiento ninguno de los citados supuestos.

Con arreglo a lo establecido en el artículo 102.5 de la LRJPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de tres meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Comoquiera que la Junta de Gobierno Local adoptó el acuerdo de incoación el día 9 de abril de 2010, una vez transcurridos los tres meses, habría de declararse por aquél la caducidad del procedimiento. No obstante, la Administración local ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución hasta la emisión de dictamen por este Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, por lo que, dada la fecha de la petición de dictamen a este Consejo -el 8 de junio de 2010-, hemos de entender que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de recepción de este

dictamen o una vez agotado el plazo máximo legal de tres meses desde su petición de conformidad con el citado artículo 42.5.c) de la LRJPAC.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por analizar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio. La LRJPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al “órgano competente”. Por ello, tratándose de una entidad local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), y en su normativa de desarrollo. En concreto, a la hora de determinar qué órgano es el competente, debemos acudir a la norma reglamentaria de aplicación, contenida en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante ROF). Este precepto atribuye la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, estableciendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, “los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”.

En el presente caso, la licencia de obras fue concedida en su día por la Junta de Gobierno, órgano que, salvo en los llamados “municipios de gran población” -título X de la LRBRL-, ejerce las “atribuciones que el Alcalde u otro órgano municipal le delegue o le atribuyan las leyes” -artículo 23.2.b) de la

LRBRL-, por lo que hemos de concluir que la Junta de Gobierno Local es el órgano competente para iniciar el procedimiento de revisión de oficio objeto del presente dictamen.

Por otro lado, se han cumplido los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a las personas interesadas, se ha adoptado un acuerdo de iniciación, se han incorporado las actuaciones recaídas en el procedimiento caducado (entre las que figura un informe de la Secretaría apuntando las causas de nulidad invocadas), y se han elaborado un nuevo informe y una propuesta de resolución que responden a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC.

No obstante, advertimos de la concurrencia de determinadas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. La primera de ellas consiste en que, faltando nombramiento de instructor, los sucesivos actos de trámite son evacuados por la Alcaldía o la Junta de Gobierno -que adopta también la propuesta de resolución reproduciendo un informe previo de la Secretaría, dando lugar así a una duplicidad innecesaria-.

Por otro lado, no se incorporan a las actuaciones los "informes obrantes en el expediente" a los que se hace referencia en el encabezamiento de la resolución que aquí se impugna.

Igualmente se echa en falta, tanto en la resolución de inicio como en el informe jurídico, una formal articulación de la causa de nulidad invocada -un *nomen iuris*-, pues ambos escritos se constriñen a fijar los antecedentes y justificar el carácter demanial del ramal viario que resultaría cerrado por la obra autorizada, lo que atiende más al contenido propio de un expediente de recuperación de oficio y no a uno de revisión de licencias. Ello no obstante, el acuerdo de iniciación ordena la incorporación de las actuaciones ya practicadas y obrantes en el anterior expediente caducado, entre las que figura, como ya hemos reseñado, un informe de la Secretaría que se remite escuetamente a dos apartados del precepto que tasa las causas de nulidad, y cuyo contenido ha

sido comunicado a los sujetos interesados. Si bien la articulación causal es extremadamente parca, y uno de los supuestos invocados queda reducido a mera fórmula sin sustento material, estimamos que ello no ha obstado las posibilidades de defensa de la parte perjudicada.

También hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar a los interesados, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo, puesto que, si bien se les notifica la incoación del procedimiento, la comunicación no se ajusta a los términos y contenidos previstos en el artículo citado.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, en el supuesto que nos ocupa se plantea la nulidad de pleno derecho de un Acuerdo por el que se concede licencia para el cierre de la entrada a una finca, con fundamento en el carácter demanial del camino sobre el que se ha concedido, si bien la sustancia de las actuaciones practicadas se contrae a la justificación del derecho dominical sobre dicho espacio.

La revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este cauce sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio, establecidos en el artículo 62.1 de la LRJPAC, debe ser restrictiva; de lo contrario perdería efectividad la garantía que entraña la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos de anulación distintos.

En el caso ahora examinado, la Administración actora invoca, según resulta del procedimiento caducado cuyos informes se incorporan al que ahora

se tramita, las causas de nulidad recogidas en los apartados f) y g) del artículo 62.1 de la LRJPAC, siendo las demás extrañas a la pretensión que aquí se ejercita.

El mencionado apartado g) remite a cualquier otro supuesto de nulidad “que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”. La Administración actuante no concreta ninguna disposición de rango legal que fundamente la pretendida nulidad, por lo que no cabe emitir un pronunciamiento favorable a la nulidad con base en esta causa. En cualquier caso, hemos de observar que las causas específicas de revisión previstas por la legislación sectorial operan sin perjuicio de la aplicación de las comunes tasadas en los apartados precedentes del artículo 62.1 de la LRJPAC.

La otra causa de nulidad invocada es la regulada en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, que dispone que 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”. Debemos subrayar, partiendo del principio de interpretación restrictiva que preside las causas de nulidad radical, que en el precepto mencionado esa nulidad absoluta se anuda a la adquisición de derechos “cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”, de lo que se deduce que tal carencia debe ser sustancial y manifiesta. Como ya hemos señalado en anteriores dictámenes, nuestro Derecho Administrativo reserva la nulidad absoluta para las violaciones más graves del ordenamiento jurídico, por lo que es rechazable una interpretación amplia del concepto “requisitos esenciales”, que nos conduciría a desnaturalizar las causas legales de invalidez al vaciar de contenido los supuestos de mera anulabilidad, con marcada erosión del principio de seguridad jurídica. En este sentido, cabe recordar la distinción, realizada por el Consejo de Estado en numerosos dictámenes y recogida también por este Consejo Consultivo, entre “requisitos necesarios” y “requisitos esenciales”, ya que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de “esenciales”.

En el procedimiento sometido a consulta pretende el Ayuntamiento, en preservación del dominio público, la declaración de oficio de la nulidad de la licencia otorgada. Ahora bien, del expediente se deriva de modo objetivo que existe controversia sobre la titularidad del camino sobre el que se concedió la licencia. Así, lo cierto es que el procedimiento de nulidad se inicia después de una denuncia efectuada por un particular que sostiene el tradicional uso público del camino. A partir de ahí, en la documentación que obra en el expediente no se determina, de modo concluyente, el carácter público del camino sino que se evidencian datos que, cuanto menos, revelan el carácter polémico de la titularidad del espacio. Así, a las informaciones contradictorias suministradas por el Registro de la Propiedad y por el Catastro, debe añadirse que de los planos y fotografías incorporados al expediente se deriva que tal camino atraviesa una parcela privada y que su trazado conduce únicamente a una vivienda, de la que afirma ser titular el solicitante de la licencia, aunque, según también se deduce del expediente, el acceso al camino carecía de cierre. Ciertamente, el ramal controvertido figura grafiado como de uso público "tanto en los planos de las NNSS, en vigor, como en los del PGOU, aprobado inicialmente", según informa el Aparejador Municipal, pero ni siquiera al Ayuntamiento le consta su situación de modo cierto, ya que no puede pronunciarse con claridad sobre el título que ampararía el carácter público del camino, citando al efecto institutos tan diversos como la cesión de terrenos por el particular al uso público o la prescripción adquisitiva.

De la instrucción realizada por el Ayuntamiento -que no ha practicado acción investigadora formal alguna, menos aún de deslinde, ni aporta al procedimiento que examinamos dato ninguno relativo a la inscripción registral o a la inclusión del camino controvertido en el Inventario municipal- no se deriva con el carácter manifiesto y notorio que sería necesario que la licencia concedida afecte a un bien de dominio público, afecto al uso público, de titularidad municipal.

Además del referido carácter polémico de la titularidad del espacio, debe dejarse constancia de que las licencias se conceden “dejando a salvo el derecho de propiedad”, tal y como expresamente establece el artículo 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955). Es decir, las titularidades dominicales no son objeto de control previo a la licencia, de modo que la propiedad del suelo no es un requisito, ni esencial ni necesario, para la obtención de la autorización administrativa. Es claro que el sujeto autorizado necesita de la posesión de esos espacios para ejercitar el contenido de la licencia, pero esta se otorga con desconocimiento de los derechos reales y sin consideración a estos, sin que nada impida al beneficiario, en el plano estrictamente jurídico, adquirir su facultad posesoria con posterioridad al acto administrativo. Y no siendo la acreditación de la propiedad un requisito exigible, por extraño al orden administrativo, la concesión de la licencia no implica tampoco ningún reconocimiento municipal de la propiedad sobre los espacios a los que aquélla se refiere, cuya condición jurídica sigue siendo la misma.

En rigor, lo que en este procedimiento pretende ventilarse no es la colisión de la licencia con la realidad que reflejan las normas urbanísticas municipales, traídas al expediente como elemento probatorio, sino el mismo fondo privativo o demanial de un espacio físico, cuestión esta que debe articularse por otro cauce.

Lo anterior no obsta para que, tratándose de supuestos de dominio público, siguiendo jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (*vid.*, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 23 de febrero de 2005), las licencias concedidas sobre el mismo deben denegarse o, si han sido concedidas, iniciar las actuaciones pertinentes para anularlas por el procedimiento que proceda en función del vicio de que adolezcan. Todo ello sin perjuicio de que la Administración deba cumplir su obligación legal de ejercer las facultades y prerrogativas legales para la defensa y protección de sus bienes demaniales y

de que pudiera acudir, en su caso, a su prerrogativa de recuperación de oficio de toda posesión usurpada sobre sus bienes y derechos.

En suma, en el concreto caso que examinamos, la licencia de cierre, en sí misma, no puede ser declarada nula de pleno derecho, como se pretende en el presente procedimiento, ya que no concurren en el supuesto de hecho los presupuestos que exige la aplicación del artículo 62.1.f) de la LRJPAC.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la declaración de nulidad de pleno derecho del Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Llanera de 6 de junio de 2009, por el que se concede a licencia de obras para el cierre de entrada a una finca.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE LLANERA.