

Expediente Núm. 185/2012
Dictamen Núm. 223/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de julio de 2012, 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 6 de julio de 2012, examina el expediente de revisión de oficio incoado con motivo de la presunta nulidad de pleno derecho del Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Grandas de Salime, de 17 de noviembre de 2010, por el que se otorgó licencia de obras para el cierre de una finca en San Julián.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 17 de noviembre de 2010, el Alcalde del Ayuntamiento de Grandas de Salime resuelve conceder, “salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros”, la licencia de obras interesada por para el cierre de una finca de San Julián.

2. El día 12 de abril de 2012, la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento suscribe un informe del que resulta que por Decreto de la Alcaldía de 11 de noviembre de 2011 se inicia el procedimiento de investigación para determinar la titularidad del camino “ubicado en San Julián (...) y que sale de la antigua carretera AS-28 (...) hasta enlazar con el Camino de Santiago (...), que se presume de propiedad municipal, sin que haya plena constancia ni esté inscrito en el Inventario de Bienes municipales, y cerrado al paso por (el propietario colindante con el camino señalado)”. Durante la instrucción de aquel procedimiento, según se indica, se han recabado los informes del Arquitecto Técnico y del Ingeniero de Montes del Ayuntamiento, se ha recibido el testimonio de “vecinos y usuarios del camino”, se ha analizado la representación gráfica del camino en el planeamiento general del concejo y se ha concedido trámite de audiencia al propietario del terreno colindante con el camino cuya titularidad se investiga. Señala la Secretaria-Interventora que “a tenor de las declaraciones testificales de los vecinos (...) se trata de un camino usado siempre por los vecinos de cualquier pueblo que lo desearan, no existiendo en ningún momento periodos de litigios o problemas vecinales, es decir el camino servía de unión entre los pueblos de Pedre, San Julián, Castro y Malneira principalmente, sin embargo también se usaba para llegar a Grandas o incluso al pueblo de A Cova, como lugar más alejado; por ello, y según se observa en la realidad, el actual vial interno del pueblo de San Julián se prolonga directamente al camino en litigio, es decir son continuación el uno del otro, dependiendo del sentido de la marcha, comunicando el pueblo de San Julián con el Camino de Santiago”. Manifiesta que “de todo lo actuado se puede verificar la existencia de un camino vecinal que venía siendo usado por los vecinos en toda su longitud, como vía de comunicación entre núcleos rurales y para actividades agroganaderas y que parte de su transcurso fue limitado por (el propietario colindante), que procedió a su cierre, incorporando esta superficie a su propiedad, contando con licencia municipal de obras y que esta limitación fue denunciada ante el Ayuntamiento por vecinos del municipio y residentes del lugar”. Considera que “lo procedente es recuperar el camino

ejerciendo la potestad de recuperación, una vez acreditado su trazado y características, conforme a las pruebas practicadas, los informes periciales y los planos oficiales, como consecuencia de la obligación del Ayuntamiento de defender sus bienes". Por ello, propone "que por el Ayuntamiento Pleno se declare la condición de público del camino", "ordenar al (propietario colindante) que proceda a la retirada de los elementos que impiden el uso del camino público", e "iniciar el procedimiento de revisión de oficio, según dispone el artículo 102, en relación con el artículo 62.1, apdo. f), ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la licencia otorgada (...) para el cierre de la finca, en tanto que afectó en parte a camino público".

3. Mediante Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el día 16 de mayo de 2012, se declara "la plena propiedad del Ayuntamiento de Grandas de Salime y condición de público del camino ubicado en San Julián (...), que sale de la antigua carretera AS-28, junto a la vivienda de (el propietario colindante), hasta enlazar con el Camino de Santiago, desestimando las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia"; se dispone la inclusión del camino en el Inventario de Bienes como bien de dominio público, y se inicia el "procedimiento de revisión de oficio, según dispone el artículo 102, en relación con el artículo 62.1, apdo. f), ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la licencia otorgada (...) para el cierre de la finca, en tanto que afectó en parte a camino público".

4. Mediante Decreto de 1 de junio de 2012, notificado a los interesados -tanto a la solicitante de la licencia de cierre como al propietario de la finca a la que esta se refiere- el día 8 del mismo mes, el Alcalde resuelve darles audiencia "por término de diez días, a fin de que puedan presentar cuantas alegaciones y documentos estimen pertinentes", poniendo el expediente "a su disposición".

5. Con fecha 20 de junio de 2012, los interesados presentan en el registro del Ayuntamiento de Grandas de Salime un escrito de alegaciones en el que

manifiestan, a propósito del “expediente de investigación”, que el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el día 16 de mayo de 2012 “es contrario al ordenamiento jurídico”. Entienden que “ninguno de los argumentos que con todo rigor fueron expuestos por esta parte en acreditación de la titularidad privada del bien han sido desvirtuados de contrario, justificándose en el escrito presentado el pasado día 3 de abril los títulos de propiedad que demuestran la titularidad privada del bien y la consiguiente inexistencia del camino de uso público, argumentos que el Ayuntamiento de Grandas de Salime (...) ha obviado por completo, de la misma forma que ha ignorado la información catastral, ya que, como también ha quedado acreditado, los diferentes Catastros que han estado en vigor corroboran sin discusión alguna la inexistencia del camino de uso público, correspondiéndose el camino que el Ayuntamiento de Grandas de Salime califica arbitrariamente como bien de dominio de uso público con el paso de servidumbre (...); servidumbre que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 546.1º del Código Civil, y como consecuencia de la confusión de derechos derivada de la adquisición del predio dominante por (el interesado actual propietario del terreno), ha quedado extinguida”. Señalan que la testifical de las personas que citan “corroboran igualmente la inexistencia del camino de uso público”, y que “durante más de setenta años” y hasta la fecha actual los propietarios han estado “ininterrumpidamente en la posesión quieta, pacífica, de buena fe y en concepto de dueños del bien”. Entienden que “el paso esporádico y tolerado de algún vecino no convierte a este bien en un bien de uso y dominio público”, pues “ha sido destinado siempre a un uso particular y privado”, y que “el hecho de que en los planos de ordenación urbanística del Plan General de Ordenación del concejo de Grandas de Salime pueda aparecer la traza de un camino no implica el reconocimiento de su naturaleza pública, puesto que en los planos aparecerán todos los caminos, pasos de servidumbre, etc. -públicos y privados- que por su anchura puedan ser captados por el reportaje fotográfico aéreo, previo a la cartografía empleada en la redacción del planeamiento, siendo muy clara la jurisprudencia recaída al respecto”. A propósito del procedimiento de

revisión de oficio, señalan que la licencia, “dado que no se afecta a ningún camino público, se ajusta totalmente a derecho, por lo que no se da tampoco el supuesto de hecho al que se refiere el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992”. Por ello, solicitan que “se disponga dejar sin efecto los acuerdos que fueron adoptados por el Pleno del Ayuntamiento de Grandas de Salime en la sesión extraordinaria celebrada el pasado día 16 de mayo en relación con el bien que dicho Ayuntamiento califica arbitrariamente como camino de uso y dominio público, reconociéndose la titularidad privada del bien”.

6. El día 20 de junio de 2012, la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento elabora un informe en el que propone rechazar las alegaciones formuladas por los interesados y solicitar dictamen a este órgano consultivo, acordando entretanto la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución.

7. El Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el día 25 de junio de 2012, asumiendo el contenido del informe emitido por la Secretaría-Intervención a modo de propuesta de resolución, acuerda “desestimar las alegaciones” presentadas por los interesados, solicitar nuestro dictamen, y “acordar la suspensión del cómputo de 3 meses, en tanto resuelva el Consejo Consultivo, de conformidad con el artículo 42.5.c)” de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que se comunica a los interesados.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de julio de 2012, registrado de entrada el día 10 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio incoado con motivo de la presunta nulidad de pleno derecho del Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Grandas de Salime, de 17 de noviembre de 2010, por el que

se otorgó licencia de obras para el cierre de una finca en San Julián, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra l), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra l), 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 Grandas de Salime, 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 Grandas de Salime 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 de 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 supuestos citados. Ha de tenerse presente que el acto de cuya nulidad se trata afecta a un bien demanial, cuyo régimen jurídico se articula sobre la base del principio de inalienabilidad, y respecto del cual la Administración titular está autorizada a ejercitar, de oficio y sin sujeción a limitación temporal alguna, la potestad de recuperación posesoria.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como un 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 examinar 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 tanto, 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, la norma reglamentaria de aplicación es la 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. Este precepto atribuye la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, disponiendo 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, el acto cuya revisión de oficio se pretende fue adoptado por el Alcalde. Estando atribuida en la actualidad a este órgano la competencia para el otorgamiento de las licencias en los municipios de régimen común -artículo 21.1.q) de la LRBRL- salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local, es claro que corresponde al mismo la facultad de revisión de oficio de dicho acto.

En lo que a la instrucción del procedimiento se refiere, advertimos que no se ha dado cumplimiento 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 ni se les ha comunicado en puridad la incoación del procedimiento -de la que han tenido noticia con la apertura del trámite de audiencia- ni la notificación que se efectúa con motivo del citado trámite se ajusta a los términos y contenidos previstos en el mencionado artículo. No obstante, con la reseñada salvedad, puede entenderse que se han cumplido, en lo esencial, los trámites fundamentales del procedimiento, puesto que se ha adoptado un acuerdo de iniciación, se ha dado audiencia y vista del expediente a los interesados y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde, si bien de forma sucinta, a la obligación legal de motivación impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC.

QUINTA.- Entrando ya en el fondo del asunto, hemos de comenzar por señalar que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia de 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, lo que constituye una clara expresión del principio comúnmente admitido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, de que en la teoría de la invalidez de los actos la nulidad constituye la excepción frente a la regla general de la anulabilidad.

En el supuesto ahora examinado, la causa de nulidad invocada es la establecida en el apartado f) del artículo 62.1 de la LRJPAC, conforme al cual son nulos de pleno derecho aquellos 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".

El sumo tiento con que la Administración ha de ejercitar su potestad de revisión de oficio impone asimismo que aquella distinción no pueda establecerse a priori, sino de forma casuística, en función de las circunstancias concurrentes, y atendiendo a un juicio de razonabilidad. No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina del Consejo de Estado han ido perfilando un estricto concepto teórico de requisito esencial, referido a las condiciones

principales del acto, cuya ausencia impediría el nacimiento de la facultad o derecho en cuestión. De este modo, puede apreciarse la falta de los citados requisitos en casos extremos de ausencia de algún presupuesto inherente a las características definitorias del acto, sin el cual este carecería absolutamente de base, tales como aquellos a los que se refiere el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 351/1996, esto es, la falta de capacidad del sujeto o la ausencia de objeto, causa o fin del acto.

En el procedimiento objeto de nuestro análisis se ventila la posible nulidad de la licencia urbanística concedida para el cierre de una finca, “en tanto que afectó en parte a camino público”, según se expresa en el acuerdo de incoación del procedimiento de revisión de oficio.

Como hemos destacado en nuestros Dictámenes Núm. 193/2010 y 82/2011, 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 son ajenas a la licencia, que se desenvuelve únicamente en el plano administrativo, sin interferencia del orden civil. Desde esta perspectiva, la propiedad del suelo no es un requisito esencial ni necesario para la obtención de la autorización administrativa. Y no siendo ni siquiera un requisito exigible, por extraño al orden administrativo, la concesión de la licencia no implica tampoco ningún reconocimiento municipal de facultades dominicales sobre los espacios ocupados a resultas de aquella. 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.

En este sentido, la jurisprudencia viene señalando de forma reiterada que el carácter reglado de las licencias no se ciñe solamente a los actos de concesión, sino también a su contenido, y que a través de la licencia la Administración municipal efectúa un control de legalidad, pero no de la

legalidad en general, sino de la urbanística. Por ello, no corresponde a la Administración controlar por aquel medio la titularidad dominical del terreno sobre el que se pretende actuar. El procedimiento de concesión de licencias no es, de este modo, la vía adecuada para ventilar cuestiones de propiedad, cuya solución, en caso de conflicto, solo corresponde a los órganos jurisdiccionales.

La regla general que acabamos de enunciar admite, no obstante, una lógica excepción, reconocida de manera unánime por la jurisprudencia, y referida al “excepcional supuesto de que una necesaria defensa del dominio público así lo imponga, y, de modo patente, claro e inequívoco, conste la titularidad pública”, como establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1986 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª-. Aquella excepción ha dado lugar al reconocimiento jurisprudencial de la procedencia de la denegación de la licencia, o a su anulación en los supuestos en que ya hayan sido concedidas, siempre que conste la titularidad pública del terreno, como se señala, por todas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2005 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª-.

En el caso que analizamos, la demanialidad del camino afectado por la licencia ha sido declarada mediante Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento con fecha 16 de mayo de 2012, que es directamente ejecutivo. El carácter público del camino trasciende así lo meramente dominical para restringir, en el plano estrictamente administrativo, los actos que pueden ser autorizados sobre aquel espacio cualquiera que fuere su beneficiario. Nos situamos ante un condicionante objetivo para el otorgamiento de licencias, necesario para la defensa del uso público al que el camino está destinado, aunque desligado de la circunstancia subjetiva que representa la titularidad civil, que sigue siendo ajena al acto administrativo. De ello resulta que la naturaleza demanial del camino y, sobre todo, la tutela del uso común general al que sirve imponen una condición esencial que debe ser obligatoriamente respetada y resulta incompatible con el objeto de la licencia de cierre, que, al

impedir el acceso de terceros al terreno vallado, imposibilita el uso del camino conforme a su natural destino.

En definitiva, este Consejo estima que concurre en el acto cuya revisión de oficio se pretende la causa de nulidad recogida en el apartado f) del artículo 62.1 de la LRJPAC.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la declaración de nulidad de pleno derecho del Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Grandas de Salime, de 17 de noviembre de 2010, por el que se concedió a licencia de obras para el cierre de una finca en San Julián.”

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 GRANDAS DE SALIME.