

Expediente Núm. 323/2016  
Dictamen Núm. 15/2017

**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 26 de enero de 2017, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 22 de diciembre de 2016 -registrada de entrada el día 28 del mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio del requerimiento de retirada de un vallado de alambre, ordenado por entender que cerraba un camino público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** En sesión celebrada el 29 de septiembre de 2016, el Pleno del Ayuntamiento de Soto del Barco acuerda iniciar el expediente para la revisión de oficio “del acto administrativo de 12 de junio de 2014 (...) por (...) haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. El acuerdo se adopta por mayoría (ocho votos a favor, incluyendo el del Alcalde, y dos abstenciones).

Consta en la certificación del referido acuerdo que “con fecha 12 junio de 2014 (...) se requirió (...) la retirada del cierre con valla de alambre plastificada instalada en el acceso a la parcela 127 del polígono 37, por considerar que la misma cerraba un camino público”; acto que debe revisarse por estar viciado de nulidad, conforme declara la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 de Oviedo, que anula la decisión revocatoria de ese mismo acto “a la vista de los datos concluyentes de la Cartografía Histórica del Catastro, constando la inexistencia de un camino entre los núcleos de Los Veneros y Las Rabias”, toda vez que en dicha decisión “se ejercita una facultad de recuperación de un bien público” y ello “implica una declaración de demanialidad que únicamente por la vía” del artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común “o, en su caso, del 103, puede expulsarse”.

En el mismo acuerdo se decide dar traslado a los afectados del inicio del procedimiento de revisión para que puedan presentar alegaciones y documentos, y, en relación con el escrito presentado por varios vecinos el 15 de septiembre de 2009 defendiendo la existencia del camino público, requerir a quienes lo suscriben para que “aporten documentación o datos suficientes con el fin de proceder a un estudio previo sobre la procedencia del ejercicio de la acción investigadora”.

**2.** Durante la instrucción del procedimiento se incorpora a las actuaciones el expediente relativo al requerimiento viciado. En él figura la inicial denuncia de un vecino, acompañada de un reportaje fotográfico y una copia del informe de la Alcaldía de 19 de septiembre de 2008, en el que se recoge que el camino controvertido “existe desde tiempo inmemorial” y “sirve para el paso a la parcela propiedad de este Ayuntamiento”, así como de la certificación de la Secretaria municipal, de 19 de septiembre de 2008, en la que se indica que en el Inventario de Bienes del Ayuntamiento consta que la mencionada parcela municipal linda con un camino. Asimismo adjunta una “fotografía del Catastro

Histórico (realizada entre los años 1948 y 1950) en la que se aprecia el camino”.

Obra asimismo en aquel un informe del Arquitecto municipal, fechado el 5 de junio de 2014, en el que se constata, tras visita de inspección, la realidad del cierre, “que se trata de un camino público en total estado de abandono” y que la parcela municipal a la que se entiende sirve de paso “se encontraría muy alejada de la finca sobre la que se practica la denuncia”, concluyéndose que debe requerirse al titular de esta finca “la retirada del cierre”.

Se incorpora a continuación el acto de la Alcaldía objeto del presente procedimiento revisor, en el que únicamente se hace una referencia al anterior informe técnico y se requiere al interesado “para que, a la mayor brevedad posible, proceda a la retirada del cierre”.

Con fecha 30 de julio de 2014, el denunciante interesa la “ejecución subsidiaria” de la obligación incumplida, y el 15 de octubre de 2014 el denunciado, como “contestación al escrito” de requerimiento, adjunta nueva documentación catastral y copia de una escritura pública en la que figura la descripción de la finca denunciada, que linda “al Sur con camino” (de lo que se deduce que el camino termina al llegar a esta finca), por lo que el Arquitecto municipal emite un nuevo informe, el 16 de octubre de 2014, en el que señala que no consta con precisión la titularidad del espacio y debe “abrirse un expediente de investigación o en su defecto dirigirse a la jurisdicción civil ordinaria para que se dictamine sobre dicha titularidad”.

Aparece seguidamente la propuesta de la Alcaldía de revocación del inicial requerimiento, en la que se expone que la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 6 de Oviedo de 30 de enero de 2015 “acredita la falta de ejecución del acto firme dictado con fecha 12-6-2014, acordándose por esta Administración se proceda a dar cumplimiento al mismo”, sin que se haya podido determinar la existencia del camino.

Tras aportarse nueva documentación al expediente y otro informe del Arquitecto municipal expresivo de que no se ha constatado la existencia del camino, la Gerencia Regional del Catastro de Asturias remite, a solicitud del

Consistorio, la cartografía histórica, de la que se deduce su inexistencia, por lo que la Alcaldía resuelve, el 30 de abril de 2015, revocar el requerimiento.

Interpuesto recurso de reposición, el Arquitecto municipal emite nuevos informes en los que se refleja que "la única documentación obrante en el expediente sobre la titularidad del camino no lo determina como de titularidad pública", precisando que en el supuesto itinerario "no solamente se presenta cerrada la finca denunciada, sino que sucesiva y reiteradamente se encuentran cerradas mediante alambre de espino todas las fincas" que atraviesa; si bien con fecha 4 de junio de 2015, tras una nueva visita de inspección, informa que se halla muy invadido por la maleza, "sin que exista cierre alguno que obstaculice el citado camino".

El recurso de reposición es desestimado, y contra él se interpone recurso contencioso-administrativo, en el que recae la sentencia que da lugar a la incoación del presente procedimiento de revisión.

**3.** Notificado el acuerdo de inicio, el día 7 de noviembre de 2016 el requerido para retirar la valla presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta la irregularidad de "la instrucción del procedimiento para resolver la denuncia" de un vecino, que dio lugar al mencionado requerimiento sin previa audiencia del afectado, y que le fue comunicado sin pie de recurso, aunque el día 15 de octubre de 2014 presentó un escrito de oposición.

**4.** Con fecha 9 de noviembre de 2016, el vecino que promovió la remoción del cierre presenta un escrito en el registro municipal en el que señala que el carácter público del camino "resulta plenamente acreditado" y que el Ayuntamiento "persigue eludir (...) el cumplimiento de una sentencia judicial que le condenaba a ejecutar el acto administrativo que ahora se pretende declarar nulo", vulnerando "de manera flagrante los límites para dicha revisión que establece el artículo 106 LRJPAC".

Invoca, además, un deber de abstención del Alcalde por tener "relación de parentesco directa" con la esposa del beneficiado por la anulación del acto.

Acompaña, entre otros particulares, copia de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 6 de Oviedo de 30 de enero de 2015, que condena al Ayuntamiento a la ejecución del acto firme (el requerimiento de retirada de la valla), y en la que se rechaza la alegación del Ayuntamiento de que “ha tenido lugar una revocación *de facto* del acto” cuya ejecución se interesa, ya que solo obra en tal sentido un informe del Arquitecto municipal que “no puede dejar sin efecto un previo acto del Alcalde”. Asimismo adjunta copia de dos autos recaídos en ejecución de esta sentencia: en el primero se relata que el denunciado presentó escrito el 11 de diciembre de 2015 “en el que se indicaba que se había retirado el cierre litigioso” en presencia de la Policía Municipal, pero acto seguido “volvió a colocar en dicho camino (...) un segundo cierre similar (...) a una distancia aproximada de 150-200 metros del que fue retirado”, por lo que debe, en ejecución de la misma sentencia, procederse a su remoción; en el segundo, fechado el 26 de julio de 2016, se constata la retirada del segundo cierre, puesta en conocimiento de las partes sin que hubieran formulado alegaciones, por lo que “procede declarar ejecutada la sentencia”. Se acompaña también la Sentencia que anula la revocación por la Alcaldía de la orden de retirada del cierre, recaída el 27 de abril de 2016, en la que se razona que “la Resolución de 12 de junio de 2014 acuerda la recuperación de un bien de dominio público (camino), ordenando la retirada del cierre ejecutado en el mismo por el codemandado”, por lo que “no es simplemente un acto ejecutivo o de gravamen que puede dejarse sin efecto por la vía del art. 105” de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, “sino que implica una declaración de demanialidad que únicamente por la vía del art. 102 (...) o, en su caso, del 103 puede expulsarse de la vida jurídica”.

**5.** El día 20 de diciembre de 2016, libra informe la Secretaria municipal. En él se rebaten las alegaciones formuladas y se justifica la competencia del Pleno para la revisión de oficio, con cita de cierta doctrina consultiva, concluyéndose

que procede “desestimar las alegaciones presentadas” y solicitar el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo.

**6.** Asumiendo el contenido del anterior informe, el Pleno del Ayuntamiento de Soto del Barco, en sesión extraordinaria celebrada el día 22 de diciembre de 2016, acuerda desestimar las alegaciones presentadas, solicitar el dictamen del Consejo Consultivo y suspender el plazo para resolver en tanto se reciba el referido dictamen, lo que se comunica a los interesados.

**7.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de diciembre de 2016, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del acto de la Alcaldía de 12 de junio de 2014 que ordena la retirada del cierre instalado en la parcela 127 del polígono 37, entre los núcleos de Los Veneros y Las Rabias, por afectar a un supuesto camino público, cuyo expediente original adjunta.

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 Soto del Barco, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de

octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que “Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta”.

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento adoptado en sesión celebrada el 29 de septiembre de 2016, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, el Ayuntamiento de Soto del Barco 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 analizamos, entendemos que no concurre en el

procedimiento ninguno de los supuestos citados. Del examen del expediente se desprende que se pretende remover una decisión administrativa firme que había sido depurada por el escueto cauce de la revocación de los actos de gravamen, pues una sentencia judicial ha venido a anular ese acto revocatorio en atención a su naturaleza, ya que la orden de retirada de un cierre sobre un camino público “implica una declaración de demanialidad que únicamente por la vía del art. 102” de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común “o, en su caso, del 103, puede expulsarse de la vida jurídica”. La circunstancia de que, mediando pronunciamientos judiciales condenatorios para la Administración, el acto ahora sometido a revisión haya sido ya ejecutado no interfiere en el ejercicio de la facultad revisora ni determina que esta se dirija a eludir el cumplimiento de las sentencias -como sugiere el vecino que denunció la usurpación del camino-, ya que la pretensión deducida y resuelta en sede judicial es la relativa a la obligación de la Administración de ejecutar sus actos firmes, por su condición de tales, sin descender a sus eventuales vicios. Esto es, la existencia de pronunciamientos de los tribunales que deduzcan las consecuencias de la firmeza de un acto no puede obstar al ejercicio de la potestad revisora por la Administración, pues esa firmeza se configura precisamente como un presupuesto para la revisión de oficio, y el hecho de que la ejecución material se haya consumado no impide tampoco la anulación de su título habilitante. De ahí que la vía de la revisión de oficio se revele procedente, tal como apunta la sentencia que anula el acto revocatorio, en cuya fundamentación no se cuestiona el recurso al cauce de la revocación por ninguna de las circunstancias recogidas en el mencionado artículo 106 de la LRJPAC, sino por la significación del acto que se depura, cuyos efectos subsisten en cuanto entraña “una declaración de demanialidad” o, al menos, una situación posesoria. Tampoco puede acogerse la tesis del denunciante sobre la improcedencia de la acción de nulidad por hallarse “plenamente acreditado” el carácter público del camino, pues -acercándonos a la verdadera naturaleza del acto atacado- se observa que con la orden de retirada del cierre se está ejercitando la facultad de



recuperación de oficio de una posesión usurpada -que comprende lo preciso para mantener abierto el tránsito-, quedando reservada a otras instancias y procedimientos la decisión sobre la propiedad o posesión definitiva de ese espacio, por lo que ni la confirmación ni la anulación del acto impugnado han de prejuzgar estas cuestiones, ni siquiera en el caso de tomarse en consideración elementos probatorios que *prima facie* avalen el carácter presuntivamente público o privado del trayecto.

Por otro lado, 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 el Ayuntamiento adoptó el acuerdo de incoación el día 29 de septiembre de 2016, una vez transcurridos tres meses habría de declararse por aquel la caducidad del procedimiento. No obstante, la Administración 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 hemos de entender que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de recepción de este dictamen.

**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 examinar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio. La LRJPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a realizar una referencia al "órgano competente". Por ello, y 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 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 LRBRL, “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”.

Ciertamente, parte de la doctrina consultiva ha considerado que, faltando una previsión concreta, de “una interpretación sistemática de los artículos 21 y 22 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, cabe entender que si para la declaración de lesividad de actos anulables la competencia es del Pleno -artículo 22.2.k)-, mientras que la iniciativa corresponde al Alcalde -artículo 21.1.l)-, la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho debe someterse al mismo régimen, pues en otro caso se produciría una asimetría inaceptable; y más cuando el artículo 22.2.j) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local indica que corresponde al Pleno del Ayuntamiento “el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales” (Dictámenes 1295/2011, de 29 de febrero de 2012, y 155/2013, de 18 de abril, del Consejo Consultivo de Castilla y León). Pero no podemos obviar que el mencionado artículo 22.2.j) de la LRBRL ha sido reformado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, que, con manifiesta vocación de ampliar las competencias de la Alcaldía, restringe el ejercicio de acciones por el Pleno a las “materias de competencia plenaria”, al tiempo que atribuye al Alcalde el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas “en las materias de su competencia” y, “en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno”. Consecuentemente, este Consejo entiende que puede sostenerse la

competencia de la Alcaldía para la revisión de oficio de sus propios actos (así lo ha declarado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre ellas, Sentencia de 27 de abril de 1988 -ECLI:ES:TS:1988:3053-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª); si bien, si fuere otro el órgano competente para la aprobación del acto, ha de serlo igualmente para acordar la revisión de oficio del acto adoptado por quien no tenía competencia para ello.

En el supuesto analizado, partiendo de la verdadera entidad del acto sujeto a revisión -que no es sino una orden de retirar un vallado con la finalidad de mantener expedito el tránsito por un camino antes abierto-, se observa que con el mismo se ejercita por la Alcaldía la facultad de recuperación de oficio de una posesión usurpada, una reacción interdictal o sumaria -ligada a las ideas de urgencia y precariedad- que ninguna norma reserva al Pleno de la Corporación. Debe repararse en que la misma Alcaldía dictó con posterioridad un acto revocatorio sin que se cuestionara su competencia al efecto, ni en sede administrativa ni en el proceso judicial. Es más, se advierte que, tras una línea jurisprudencial que residenciaba en el Pleno la competencia para el llamado *interdictum proprium*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:1289- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) ha supuesto un cambio de criterio, considerándose que el órgano competente para acordar la recuperación de oficio es el Alcalde, puesto que el artículo 71 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, se refiere al “acuerdo de la Corporación”, y no del Pleno, no siendo sinónimos Corporación y Pleno, y por ello hay que acudir a las normas generales de atribución de competencias de la LRBRL, cuyo artículo 21.1.s) asigna al Alcalde la competencia residual sobre aquellas materias que la legislación atribuye al municipio y no a otros órganos municipales (aunque es cierto que cierta jurisprudencia menor se aparta de este criterio -por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de febrero de 2012 -ECLI:ES:TSJAND:2012:1684-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

En definitiva, este Consejo considera que compete a la Alcaldía la revisión del acto impugnado, por lo que la resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser dictada por la propia Alcaldía. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Debe puntualizarse que la competencia para resolver este procedimiento reside en el órgano, y ha de ser ejercitada por su titular, pero sin que la suplencia -desempeño temporal de funciones por una persona física distinta- implique alteración de esa competencia. Al respecto, no cabe obviar que en este expediente se ha invocado por el denunciante un deber de abstención de la persona del actual Alcalde por tener "relación de parentesco directa" con la esposa del beneficiado por la anulación del acto, sin que en la tramitación del expediente se haya determinado ese grado de parentesco ni deducido sus consecuencias. Tampoco consta que se haya tramitado una recusación. Es preciso, pues, que en la resolución definitiva se aborde la invocada causa de abstención, que pesa sobre los parientes por afinidad hasta el segundo grado (en este caso, el abuelo de la esposa, pero no el tío), si bien su eventual concurrencia no obsta a la validez del acuerdo de incoación, tal como pretende el denunciante, ya que este es un acto de trámite y fue adoptado por holgada mayoría. De proceder la abstención, el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (artículos 47 y 48) establece que corresponde a los Tenientes de Alcalde sustituir, por el orden de su nombramiento, al Alcalde en los casos de ausencia, enfermedad o impedimento que imposibilite el ejercicio de sus funciones; contemplándose expresamente esa suplencia cuando hubiere de abstenerse por tener interés en el asunto.

Cabe apuntar, por otro lado, que el órgano que incoa el procedimiento es el Pleno del Ayuntamiento, en vez del Alcalde, pero, además de concurrir la voluntad de este como miembro del Pleno, ha de repararse en que el acuerdo

de iniciación es un acto de mero trámite cuyo vicio formal quedaría sanado por la posterior exteriorización de la voluntad resolutoria por el órgano competente para decidir; en este caso, la Alcaldía.

En cuanto a la tramitación, se han cumplido en lo esencial los trámites del procedimiento, puesto que se ha adoptado un acuerdo de iniciación, se ha dado audiencia a los interesados y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC.

No obstante, hemos de señalar 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 la falta de resolución expresa en plazo.

Falta igualmente todo acto formal de incorporación al expediente de los antecedentes que sirven de fundamento a la resolución de inicio, lo que pudiera provocar indefensión, al evacuarse el trámite de audiencia en la misma resolución inicial, si bien no cabe ignorar que de aquel se deduce que conocen dichos antecedentes.

**QUINTA.-** Entrando ya en el fondo del asunto, debemos 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 e) del artículo 62.1 de la LRJPAC, que señala que son nulos de pleno derecho los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”; términos que nos remiten a los supuestos en que falte por completo, de un modo manifiesto y terminante, el procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo, sin que la mera omisión de un trámite constituya necesariamente por sí sola un vicio de nulidad, tal como viene reiterando la jurisprudencia.

En el supuesto que nos ocupa, el acto impugnado se contrae a incorporar la referencia a un previo informe técnico seguida de la orden de retirada del cierre levantado en un camino (“le requiero para que, a la mayor brevedad posible, proceda a la retirada del cierre”). Tal como se razona en la sentencia que anula la revocación de aquel acto, no se trata de un mero acto de gravamen o ejecutivo, en cuanto que comporta “una declaración de demanialidad” del camino que sirve de soporte al requerimiento, de modo que la decisión atacada genera un *statu quo*, una situación posesoria determinada, en el ejercicio de la prerrogativa de recuperación de oficio que asiste a la Administración pública. Como ya adelantamos, a través del requerimiento ahora impugnado se actúa una potestad de recuperación de oficio, o comúnmente denominado *interdictum proprium*, en virtud de la cual las Corporaciones Locales pueden recuperar por sí, y sin necesidad de acudir a los tribunales, la tenencia de un bien en la que se hayan visto perturbadas. Se trata de una potestad que tiene únicamente carácter posesorio, ya que contempla situaciones de hecho al margen de la titularidad dominical, pues pretende recuperar la posesión del bien sin determinar su titularidad; competencia que corresponde a la jurisdicción civil.

Respecto al procedimiento a seguir para esta recuperación de oficio, el artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales dispone que

“La recuperación en vía administrativa requerirá acuerdo previo de la Corporación, al que se acompañarán los documentos acreditativos de la posesión, salvo que se tratare de repeler usurpaciones recientes”. El artículo 56 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, se remite a la regulación reglamentaria del cauce procedimental “con sujeción a las siguientes normas:/ a) Previa audiencia al interesado y una vez comprobado el hecho de la usurpación posesoria y la fecha en que ésta se inició, se requerirá al ocupante para que cese en su actuación”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido razonando que “si es cierto que nuestro Derecho positivo reconoce tal potestad, no lo es menos que esta no puede ejercerse indiscriminadamente, sino dentro de los límites que fija el ordenamiento jurídico y en el contexto del mismo. Dichos límites consisten en que la recuperación se refiere a la posesión y no al dominio y en que el hecho mismo de que se trate de recuperar una situación posesoria implica que debe haber existido previamente un uso pacífico municipal del bien después perturbado” (Sentencia de 24 de septiembre de 1992 -ECLI:ES:TS:1992:7135-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). Se exige así, “aunque se trate de una usurpación reciente, que se acredite la patente y manifiesta condición de los bienes objeto de dicha acción, así como que la posesión de los particulares resulta indebida de forma indubitada e indiscutible” (Sentencia de 14 octubre de 1998 -ECLI:ES:TS:1998:5866-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), que también repara en que el hecho de que la utilización o falta de uso de una vía pública “difícilmente puede quedar acreditado si no es a través de manifestaciones testificales, o por la evidencia del desarrollo de una actividad de policía y cuidado de la vía por parte del Ente Local supuestamente titular de la misma”. Otros pronunciamientos concluyen que las circunstancias de fondo aludidas no concurren, al no haberse acreditado que la Entidad Local haya ejercitado en ningún momento las facultades de policía y conservación cuya competencia le atribuye la LRBRL, o valorado correctamente las pruebas aportadas -informe pericial o inexistencia de vestigios de un camino público en el Catastro- que, por el contrario, apuntarían

en pos de la existencia de una simple servidumbre de paso sobre finca particular en beneficio de determinados vecinos. Esto es así porque la posesión perturbada que se pretende recuperar por medio de la vía interdictal es la efectuada mediante actos delictuales o cuasi-delictuales, con una carencia absoluta de título legítimo que habilite al particular perturbador para poseer el bien. En suma, esta facultad interdictal protectora de la mera posesión de los bienes requiere, para que prospere, “una prueba completa y acabada de (...) la posesión administrativa, el uso público del terreno cuestionado, sin perjuicio de la verdadera naturaleza de la titularidad dominical” (Sentencia de 18 de julio de 1988 -ECLI:ES:TS:1988:12267-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), y que el uso haya sido perturbado por el administrado contra quien se dirige la acción municipal, lo que no obsta a que puedan ejercitarse las oportunas acciones para la declaración de la propiedad o de otros derechos civiles. En el caso de que los límites de los bienes demaniales aparecieran imprecisos es absolutamente necesario acudir al previo deslinde administrativo, que se regula en los artículos 56 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y en el supuesto de que no constara la titularidad municipal, al previo expediente de investigación de oficio.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el procedimiento a seguir para la recuperación de bienes por parte de las entidades locales, y señala que cuando se recibe la denuncia debe de practicarse prueba que acredite indiciariamente la posesión pública, oír a los interesados y después en su caso dictar el acuerdo recuperatorio, sin que proceda acordar directamente la recuperación y requerir que se deje expedito el uso del bien de dominio público, ya que ha de tramitarse el referido procedimiento, concluyendo que “el artículo 70 del Reglamento de 13 de junio de 1986 se ha ejercitado de plano y sin seguir el procedimiento administrativo señalado al efecto, puesto que no existe expediente (...). Adolece pues el llamado expediente recuperatorio del mínimo elemento de apoyo exigible para acreditar esa previa posesión pública que podría justificar la decisión adoptada”



(Sentencia de 11 febrero de 1998 -ECLI:ES:TS:1998:891-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

En el supuesto analizado, la decisión de la Alcaldía encierra un requerimiento de ejecución material para el perjudicado sin habersele siquiera oído, y si bien existe un previo informe técnico este constata un “total estado de abandono” del camino -circunstancia relevante de un prolongado desuso que obsta a la adopción de la medida provisoria en defensa de la posesión- y una ostensible separación entre el punto en que se interrumpe el paso y la parcela municipal a cuyo acceso se afirma que el camino sirve. Se impone así de plano, sin audiencia del afectado y sin acreditar el previo uso público del terreno, una decisión ejecutiva de remoción del vallado que, al devenir firme, impide alterar la situación posesoria que de ella deriva sin antes proceder a su eliminación del mundo jurídico. En definitiva, si el procedimiento de recuperación se reduce a dos extremos esenciales -la audiencia del interesado y la constatación de la previa posesión pública-, debemos concluir que ambos faltan en la escueta actuación que dio lugar a la orden de la Alcaldía que ahora se revisa, y, aunque la omisión de la audiencia al perjudicado no genera indefensión cuando este dispone de medios alternativos de defensa, en este caso se le enfrenta a un mandato que, sin pie de recurso, le impone una actuación material, por lo que se estima que la orden está incurso en causa de nulidad de pleno derecho. No se oculta que en el supuesto planteado la Administración, al tiempo que actúa su prerrogativa de recuperación de oficio, arbitra en una controversia entre particulares y resuelve, a la luz de lo aportado por uno de ellos, sin ni siquiera dar audiencia al otro.

Procede, en suma, la depuración de la orden de retirada de la valla por incurrir en nulidad, sin perjuicio de que el conflicto subyacente -la existencia o no de un camino público- se encauce por el procedimiento adecuado.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo

de este dictamen, procede la declaración de nulidad de pleno derecho del acto de la Alcaldía de Soto del Barco de 12 de junio de 2014, que ordena la retirada del cierre instalado en la parcela 127 del polígono 37, entre los núcleos de Los Veneros y Las Rabias, por afectar a un supuesto camino público.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,