



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de agosto de 2009, ha examinado el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

### I

#### ANTECEDENTES DE HECHO

El día 7 de julio de 2009 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxxx, del Acuerdo municipal de 13 de agosto de 2004, sobre recuperación de oficio del callejón situado en la Calle xxxx1-Plaza xxxx2, de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 8 de julio de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 719/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

**Primero.-** El Ayuntamiento de xxxxx, mediante escrito de 2 de abril de 2003, notificado el día 7, se requiere a Dña. vvvvv para que desmontase la puerta que cierra parte del callejón que hace la Calle xxxx1 a la altura del número 13, frente a la Plaza xxxx2, de xxxxx.

En el citado escrito se indica:



“Este Ayuntamiento ha comprobado que Vd. ha realizado la ocupación del dominio público municipal, mediante la instalación de una puerta que cierra parte del callejón que hace la Calle xxxx1 a la altura del numero 13, frente a la Plaza xxxx2, de xxxxx.

»Como quiera que ello supone la ocupación del dominio público, que no puede realizarse ni autorizarse ni tampoco legalizarse, por la presente le requiero para que en el plazo de ocho días lleve a cabo el desmontaje de dicha cubierta, dejando dicho espacio y dominio público en estado en que se hallaba antes de la instalación de dicha cubierta.

»De no llevar a cabo el cumplimiento del presente requerimiento, se le significa que este Ayuntamiento procederá a la ejecución subsidiaria, corriendo de cargo de Vd. todos los gastos derivados de dicha ejecución, cuya exacción llevará a cabo, en defecto de pago en voluntaria, por la vía ejecutiva de apremio administrativo.

»Lo que requiero a Vd. a los efectos indicados, para su conocimiento y cumplimiento”.

**Segundo.-** El 15 de abril de 2003 Dña. vvvvv, a los efectos de dejar sin efecto el requerimiento efectuado, presenta alegaciones en las que indica:

“(…) debo admitir que efectivamente la que suscribe ha procedido a cerrar la entrada de su propiedad, (...) poniendo una puerta al inicio de dicha entrada.

»El referido callejón que identifica en su escrito como parte del callejón que hace la calle de xxxx1, no es sino una propiedad privada, que antiguamente fue una servidumbre de paso, constituida para acceder a la propiedad del padre de la que suscribe sita al final de la servidumbre.

»Con el paso de los años, el padre de la firmante adquirió en propiedad las fincas colindantes que eran predios sirvientes de la primera y actualmente están unificadas constituyendo sencillamente parte de la propiedad global de la firmante.



»Como tal servidumbre de paso, nunca fue de propiedad municipal, y nunca el Ayuntamiento tuvo sobre la misma derecho alguno, bastando para ello con observar el inventario de bienes municipales para comprobar como el único 'título' municipal lo constituye el Catastro redactado en el año 1990.

»Teniendo en cuenta que el Catastro ni da ni quita propiedad, el que aparezca el callejón como calle en el Catastro no implica en modo alguno la propiedad municipal, cuando fue desde siempre propiedad privada.

»Como propiedad privada que es sólo por el transcurso de los años sin otro uso que el municipal puede convertirse en público, actuando la prescripción a favor del Ayuntamiento. En el presente caso la prescripción ni siquiera se ha iniciado en su cómputo, pues no existe título a favor del municipio, sino solo un error catastral, ni el Ayuntamiento ha poseído públicamente ese bien ni con carácter de dueño, ni con ningún otro carácter ya que la posesión única ha sido de la firmante

»Durante toda la vida la servidumbre ha sido utilizada exclusivamente por la que suscribe, y antes por sus padres y abuelos y por los otros propietarios privados de las fincas que luego adquirió la firmante.

»Es de destacar que en lo que el Ayuntamiento llama callejón no existen otras salidas o entradas que aquellas propiedad de la firmante, y, además, no existe signo alguno de posesión de tercero, antes al contrario.

»La servidumbre ha sido siempre utilizada solo por la que suscribe, ella ha tenido allí siempre depositada la leña que precisaba, así como los aperos y útiles propios. Nunca por el Ayuntamiento ha existido requerimiento alguno para que deje limpio el callejón y para permitir el acceso público, lo que implica que el Ayuntamiento ha sabido desde siempre que ese no es un callejón público, sino una mera servidumbre de paso, ya inexistente por unificación de propiedades, pero en todo caso es una propiedad privada.

» Debemos también destacar que la situación de la servidumbre dimana del siglo XIX, existiendo constancia de ella en el año 1921, año en que si existían diversos propietarios y un único paso para la propiedad del fondo, de los antecesores de la firmante.



»Esta propiedad privada no tenía carácter de vía pública y de hecho la relación de propiedades no se hacía en escrituras como callejón de calle alguna, sino como propiedades abiertas a la Plaza y sitas, en consecuencia, en la plaza xxxx2. Solo a partir del actual catastro se incluye el supuesto callejón en la calle de xxxx1, cuando siempre fue a la plaza xxxx2.

»Se puede apreciar cómo cuando ya la plaza estaba debidamente asfaltada en el año 1972, la entrada, o servidumbre, se dejó claramente separada de la plaza, quedando ella sin encementar, (sic) sin duda porque en aquella fecha los datos municipales la incluían como privada que lo era.

»Existe un dato objetivo a la vista de los técnicos o legos municipales, cual es la presencia aún visible en la pared de piedra de los restos de la puerta que en su día existió cerrando la entrada, vestigios de la privacidad de la entrada y desde luego de la exclusión absoluta de su carácter municipal”.

**Tercero.-** El 16 de mayo de 2003, el arquitecto técnico provincial del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación de xxxx3, a petición del Ayuntamiento de xxxxx, emite informe en el que concluye: “Al tratarse de un callejón de servidumbre, el cerramiento del mismo por parte de un vecino, es un tema entre particulares que deberá ser resuelto en los Tribunales Ordinarios de Justicia. Si bien el Ayuntamiento puede solicitar del particular la escritura de servidumbre y la licencia de ejecución de los trabajos para la instalación del cerramiento, al haberse ejecutado sin la preceptiva licencia de obras, el Ayuntamiento puede incoar un expediente sancionador”.

**Cuarto.-** El 28 de mayo de 2003 Dña. vvvv1 presenta un escrito por el que reclama al Ayuntamiento “que obligue al Sr. vvvv2 la retirada de la pared que ha construido dentro de los terrenos propiedad del Ayuntamiento y sitos en la calle xxxx2. Esta pared nos perjudica porque nos impide la salida desde la finca de nuestra propiedad a la dicha calle xxxx2”, que “obligue al Sr. (...) la retirada de la puerta instalada por el Sr. (...) el 29 de marzo del 2003 en terrenos propiedad del Ayuntamiento en la calle xxxx2, igual que en el caso anterior esta puerta impide el acceso a la finca de nuestra propiedad por la mencionada calle xxxx2”. Señala, por último, que “consideramos que el Ayuntamiento debe obligar al Sr. (...) a que limpie las malezas y retire las maderas que ha ubicado en el espacio invadido y perteneciente al Ayuntamiento en la calle xxxx2”.



**Quinto.-** El 16 de junio de 2003 D. vvvv3 presenta un escrito por el que pone en conocimiento del Ayuntamiento que "Hay una calleja (...) que ha sido cerrada con una puerta metálica por vvvvv, esta calleja es propiedad del Ayuntamiento", que "me siento perjudicado, ya que tengo una terraza sobre dicha calleja, y en algún momento puedo hacer alguna entrada a mi terraza", que "el fondo de dicha calleja derribó una pared y la sacó más fuera (sic) de donde estaba, quitando por lo tanto terreno público", además "al cerrar esta calle la dedica a depositar en ella todo tipo de basuras y telares que hacen la imposibilidad (sic) de soportar la estancia en mi terraza".

**Sexto.-** Como consecuencia del requerimiento formulado a Dña. vvvvv, a efectos de que aportase la escritura o documento en la que aparezca la servidumbre de paso o la documentación acreditativa de la propiedad sobre la zona cerrada, ésta presenta alegaciones el 10 de julio de 2003, en las que indica los siguiente:

"Esta parte no cuenta con escritura acreditativa de la existencia de servidumbre de paso, que, por otro lado, no sería necesaria puesto que por un lado persiste desde hace mas de cien años y, por otro lado, hace ya más de treinta años que dicha servidumbre ha sido adquirida en su integridad por la familia de la firmante al adquirir la propiedad de todas las fincas que eran predio sirviente y dominante.

»No obstante carecer de ese documento escrito, es lo cierto que existen documentos que acreditan lo expuesto, tales como las fotografías de la zona, en las que se observa la ocupación única por parte de la firmante de dicha servidumbre, tanto con leña, como con animales e incluso con edificaciones de la época, como una leñera que ocupaba buena parte del terreno y que coincide exactamente con la parte que ahora uno de los colindantes dice que pretende usar como salida a la calle xxxx2, doña vvvv1.

»La finca de la señora vvvv1 nunca ha tenido salida a la servidumbre de paso, como se comprueba con esa fotografía que ahora se aporta para mejor identificación.

»Otro documento irrefutable es la existencia de la señal de una puerta de las primitivas ancladas en la propia piedra, en el mismo lugar por donde actualmente se ha colocado la nueva puerta. Esta marca es indudable



que perteneció a una puerta que, por mera comodidad de los usuarios en su día fue retirada, y ahora sencillamente sustituida por una nueva”.

El citado escrito contiene asimismo argumentaciones en contra de la postura del Ayuntamiento y reportaje fotográfico.

**Séptimo.-** El 16 de septiembre de 2003 el secretario del Ayuntamiento emite informe.

**Octavo.-** El 18 de septiembre de 2003, el Letrado D. ppppp emite un dictamen. Consta asimismo en el expediente informe complementario a éste, de fecha 11 de septiembre de 2004.

**Noveno.-** El 3 de octubre de 2003, el arquitecto técnico provincial del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación de xxxx3, a petición del Ayuntamiento, emite informe con el siguiente contenido:

“Que con fecha 16 de mayo del año en curso, se informó que por parte de este técnico se entendía que se trataba de una servidumbre, y como tal debería de solucionarse el tema del cerramiento en los Tribunales Ordinarios de Justicia, debiendo el Ayuntamiento proceder lo primero a incoar un expediente sancionador por realizar las obras sin la correspondiente licencia y después tomar la decisión que proceda en la recuperación del callejón si el Ayuntamiento así lo entiende”.

**Décimo.-** El 19 de septiembre de 2003 el Pleno del Ayuntamiento de xxxxx acuerda requerir a Dña. vvvvv para que restablezca la posesión pública del callejón en el plazo de 15 días, con advertencia de que de no hacerlo así, se acordaría el ejercicio de las acciones judiciales oportunas. Dicho requerimiento es notificado a la interesada el 22 de octubre de 2003.

**Decimoprimer.-** El 9 de diciembre de 2003 el arquitecto técnico provincial del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación de xxxx3 emite nuevo informe con el siguiente contenido:

“Que en relación a los múltiples callejones que existen en la localidad de xxxxx y en concreto el callejón en Calle xxxx1 enfrente de la Plaza xxxx2.



»Este técnico que suscribe estima, y ya se remitió informe indicando que dichos callejones en su mayoría son servidumbres de paso a las viviendas colindantes al mismo.

»Que en los casos concretos de la Calle xxxx1, así como en la de la Calle la xxxx4, estimo que se trata de servidumbres de paso, debiéndose resolver las ocupaciones de los mismos, cerramientos, etc; en los Tribunales Ordinarios de Justicia, no debiendo el Ayuntamiento proceder al derribo de la cancela, y que sean los mismos los que se pronuncien sobre la cuestión.

»En relación al resto de los callejones habría que estudiar cada uno de ellos por separado, y comprobar *in situ* y con su respectiva documentación si los mismos son servidumbre, o se han transformado en vial público por cesión de los mismos”.

**Decimosegundo.-** El 13 de julio de 2004 D. vvvv4 requiere al Ayuntamiento para que ejercite las acciones legales para la defensa del terreno público usurpado.

**Decimotercero.-** El 11 de agosto de 2004 el Secretario del Ayuntamiento emite informe jurídico sobre el supuesto que se analiza.

**Decimocuarto.-** El 17 de agosto de 2004 el Pleno del Ayuntamiento acuerda “requerir a D<sup>a</sup>. vvvvv, a fin de que restablezca la posesión pública del citado callejón y retire el cerramiento que ha realizado del mismo, con advertencia de que de no hacerlo así se procederá a la ejecución subsidiaria por cuenta y cargo de la requerida” así como “notificar el presente acuerdo a todos los interesados”.

**Decimoquinto.-** Mediante Decreto de la Alcaldía de 20 de septiembre de 2004, se apercibe a Dña. vvvvv “que llegadas las nueve (9) horas del día 27 de septiembre de 2004, sin haber retirado el citado cerramiento, se procederá (...) a la ejecución subsidiaria por este Ayuntamiento (...) los gastos que ello implique correrán de su cuenta y cargo (...)”.

Dicho requerimiento es notificado a Dña. vvvvv el 21 de septiembre de 2004.



**Decimosexto.-** Obra en el expediente diligencia de 27 de septiembre de 2004, en la que consta que el cerramiento ha sido retirado y que se procedió a retirar con cemento los agujeros hechos por la interesada para colocar la puerta y que se observa la existencia de materiales depositados por ésta.

**Decimoséptimo.-** El 14 de octubre de 2004 se requiere a Dña. vvvvv para que retire los materiales depositados en el callejón. Tal requerimiento es notificado el 15 de octubre de 2004.

La interesada presenta, el 29 de octubre de 2004, escrito de alegaciones al citado requerimiento.

**Decimooctavo.-** Consta en el expediente remitido Resolución del Procurador del Común de 30 de enero de 2009, en relación a la queja formulada ante esta Institución por el caso analizado, en la que se indica que “Por parte de la Corporación Municipal (...) se valore la posibilidad de revisar de oficio los acuerdos de recuperación de oficio llevados a cabo para la recuperación del entrante ubicado en la C/ xxxx1, frente a la Plaza xxxx2 (...) por estar incurso en causa de nulidad del artículo 62.1 e) Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

**Decimonoveno.-** La Secretaria-Interventora del Servicio de Asistencia a Municipios emite informe el 20 de febrero de 2009, en el que considera que debe valorarse la posibilidad de revisar de oficio los acuerdos de recuperación de oficio conforme a lo señalado en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por estar incurso en causa de nulidad del artículo 62.1 e) de la citada norma.

**Vigésimo.-** El 12 de marzo de 2009 el Pleno Municipal del Ayuntamiento de xxxxx acuerda “Iniciar el expediente de revisión de oficio del acuerdo adoptado por el Pleno en fecha 13 de agosto de 2004 (por el que se acordó requerir a D<sup>a</sup>. vvvvv, a fin de que restableciera la posesión pública del citado callejón que hace la C/ xxxx1 a la altura del nº 13, frente a Plaza xxxx2, de xxxxx, reiterando el cerramiento que ha realizado del mismo, con advertencia de que de no hacerlo así se procederá a la ejecución subsidiaria por cuenta y cargo de la requerida), por asumir los informes del Procurador del Común y del Servicio de Asistencia a Municipios y entender por tanto que concurre causa de





nulidad de pleno derecho". Asimismo se acuerda "notificar el presente acuerdo a los interesados en trámite de audiencia".

Concedido trámite de audiencia, sólo presenta alegaciones D. vvvv3 el 25 de marzo de 2009, en las que indica que "en dicho callejón se acumula leña seca y otros restos con el consecuente riesgo de incendio, que afectaría gravemente a la vivienda anexa, cuyo titular es el que suscribe ésta reclamación".

**Vigésimo primero.**- El 26 de mayo de 2009, se acuerda la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo señalado en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

## II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**1ª.**- Versa la consulta sobre el expediente relativo a la revisión de oficio, incoada por el Ayuntamiento de xxxxx, del Acuerdo municipal de 13 de agosto de 2004, sobre recuperación de vía pública.

El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 4.1.h).2 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del citado Consejo, al tratar la consulta sobre la revisión de oficio de un acto administrativo. Corresponde a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado b), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

El procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos exige el dictamen favorable del Consejo Consultivo de Castilla y León para los supuestos



de nulidad de pleno derecho, conforme al artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y al artículo 4.1.h), 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril.

**2ª.-** En lo que respecta a la normativa aplicable al presente supuesto, al tratarse de una entidad local, debe hacerse mención a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que en su artículo 4.1.g) reconoce con carácter general a los municipios, en su calidad de Administraciones Públicas de naturaleza territorial, la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, dentro de la esfera de sus competencias. Por su parte, el artículo 53 de la misma Ley establece que, sin perjuicio de las específicas previsiones de sus artículos 65, 67 y 110, "Las Corporaciones locales podrán 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"; y en los mismos términos se pronuncia el artículo 218.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre. Por lo tanto debe entender que la remisión a la legislación estatal se efectúa actualmente a los artículos 102 a 106 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En relación al órgano competente para acordar la iniciación y resolver el procedimiento de revisión de oficio, el artículo 110.1 de la mencionada Ley 7/1985, de 2 de abril, solamente determina el órgano competente respecto de la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria y establece al efecto que corresponde al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho y la revisión de tales actos, en los casos y de acuerdo con el procedimiento de los artículos 153 y 154 de la Ley General Tributaria, (dicha remisión debe entenderse realizada hoy a los artículos 216 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre).

No existe, pues, una previsión concreta sobre esta cuestión en el contexto del procedimiento administrativo común; pero de una interpretación sistemática de los artículos 21 y 22 de dicha Ley 7/1985, de 2 de abril, debe entenderse que si para la declaración de lesividad de actos anulables la competencia es del Pleno (artículo 22.2.k) -correspondiendo la iniciativa al Alcalde (artículo 21.1.1)-, la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho debe someterse al mismo régimen. En otro caso se produciría una asimetría inaceptable, más aún cuando el artículo 22.2.j) de la antes citada Ley



reguladora de las Bases del Régimen Local, indica que corresponde al Pleno del Ayuntamiento "el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales".

Esto criterio es el seguido por la jurisprudencia, que "exige que el acuerdo resolutorio deberá ser, al menos por su trascendencia, adoptado por el Pleno Corporativo" (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 y 2 de febrero de 1987, entre otras).

**3ª.-** El artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que "Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, 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".

Por lo tanto, para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- Que se encuentren en uno de los supuestos enumerados en el artículo 62.1, o que, al amparo de la última letra del citado precepto, estén expresamente previstos en una ley.
- Que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, si bien este último es un requisito que sólo jugará cuando se inicie la revisión a instancia del interesado y no cuando el procedimiento sea instado de oficio por la propia Administración autora del acto.
- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por persona interesada o de oficio por la propia Administración.

Además, la revisión de oficio de los actos nulos únicamente puede tener lugar en los supuestos tasados en el artículo 62 de la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Esto es así porque el artículo 102 de la misma ley tiene como objeto facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que, por el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquéllos, se



consoliden de forma definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental, ampliar las posibilidades impugnatorias, evitando que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos, pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia.

Sin embargo, esta acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto administrativo, sino sólo aquellas que constituyan un supuesto de nulidad plena, previsto en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2002).

Estos presupuestos se cumplen en el caso que se examina, por cuanto el Acuerdo cuya revisión se pretende puso fin a la vía administrativa y se inició el procedimiento por la propia Administración autora del acto; queda, por ello, expedita la vía para entrar al fondo del asunto.

**4ª.-** Expuesto que concurren los requisitos necesarios para la tramitación del procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, es menester analizar si el Acuerdo cuya nulidad se pretende declarar puede subsumirse en el motivo señalado para ello por el Ayuntamiento de xxxxx, es decir, el previsto en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”).

Debe recordarse que la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo requiere que, para que pueda haber lugar a la revisión de un acto firme motivado en la causa contemplada en el artículo 62.1.e (“Actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”), se precisa que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que no consistan en defectos leves. Es necesario apreciar con rigor que el procedimiento se ha violentado, de modo terminante y claro, sin que baste con haber prescindido de algún trámite, o que se ha producido alguna anomalía esencial en la tramitación.

En cuanto al presente caso, cuando se trata de bienes municipales, propios del demanio público municipal, como son los de uso publico, los bienes



de servicio público y los bienes comunales, las Corporaciones cuentan con potestades propias para la protección de su dominio público y gozan a tal fin de las potestades de investigación, de deslinde y de recuperación de oficio, de las que resultan, además, las facultades de investigar la situación de los bienes que presuman de su titularidad, la de deslinde y la de recobrar por sí y en cualquier momento la tenencia de sus bienes de dominio público.

En efecto, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece con carácter general, en su artículo 28, la obligación de protección y defensa del patrimonio de la Administración; y en el artículo 41 refiere que "Para la defensa de su patrimonio, las Administraciones públicas tendrán las siguientes facultades y prerrogativas: a) Investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio. b) Deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad. c) Recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos. d) Desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia. En análogos términos, el artículo 82.a) de la Ley 7/1985 de 2 de abril, dispone que las Entidades Locales gozan, respecto de sus bienes, de la prerrogativa de "recuperar por sí mismas su posesión en cualquier momento cuando se trate de los de dominio público y, en el plazo de un año, los patrimoniales".

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de marzo de 1999, señala que "(...) la Administración Pública ha hecho ejercicio de la potestad de autotutela conservativa que el ordenamiento jurídico le confiere para proteger la situación de los bienes de dominio público, protección que tiene su expresión máxima en la potestad para recuperar por sí misma, sin necesidad de acudir a la tutela judicial, la posesión de tales bienes si tal posesión ha sido objeto de perturbación o despojo, potestad que ha sido calificada de interdicto administrativo (*interdictum proprium*), y que como tal potestad y no simple facultad, no es de índole discrecional sino de obligado ejercicio, ejercicio además que carece de límite temporal pues puede efectuarse en cualquier momento -dada la imprescriptibilidad del dominio público- (en el mismo sentido STS 22.12.00, rec. 6336/1993) a diferencia de la recuperación administrativa de la posesión de los bienes patrimoniales o privados, que sólo puede ejercerse en el plazo de un año desde la ocupación (art. 8 de la Ley de Patrimonio del Estado)".



Es doctrina jurisprudencial reiterada la de que el ejercicio de esta potestad recuperatoria de los bienes demaniales está sujeta a dos requisitos fundamentales:

1) Demostrar que los bienes usurpados son del dominio de la Administración que ejerce esta facultad.

2) El uso público debe haber sido obstaculizado por la persona contra la que se dirige la potestad recuperatoria (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio y 17 de julio de 1987, 2 de junio y 30 de diciembre de 1986; 2 de febrero de 1982, 3 de octubre de 1981)". Del mismo tenor es la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1998.

En esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002, señala las condiciones exigidas para ejercer esa facultad recuperatoria por parte de la Administración Local:

“La primera de dichas condiciones es, justamente, que el bien objeto de la recuperación no sólo esté previamente identificado sino que haya venido siendo poseído, de hecho, por la Administración municipal en circunstancias tales que resulte acreditado su previo uso público, esto es, su afectación real al concreto destino que justifica la inclusión de dicho bien en el dominio público (en este mismo extremo insiste la STS de 14 de octubre de 1998).

»La segunda, que es propia de cualquier interdicto, consiste en la existencia de una perturbación de la posesión por parte de terceras personas. Esta circunstancia concurre en el presente supuesto, al haberse variado el uso común previsto para el bien, y destinarse al uso exclusivo del recurrente. No varía esta circunstancia por el hecho de que los vecinos pudieran destinar el inmueble a ‘lo que tuvieran por conveniente’, pues la propia naturaleza del bien, como de dominio público, obliga a entender esta cláusula en el sentido que es propio del aprovechamiento general de los bienes demaniales, que en cualquier caso no se compadece con la utilización privativa por un particular en su solo provecho, que requeriría, cuando menos, el otorgamiento de concesión administrativa por quien ostenta su titularidad.



»La tercera condición es seguir el procedimiento previsto en el artículo 71.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, sin que la remisión que en él se hace al artículo 46 pueda ir más allá de las formas de iniciación. En lo demás, los trámites quedan cubiertos por el acuerdo previo de la Corporación y la audiencia de los interesados (...).”

Respecto al procedimiento, el artículo 71 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio, dispone:

“1. El procedimiento para la recuperación de la posesión podrá iniciarse a través de las formas previstas en el artículo 46.

»2. 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.

»3. Este privilegio habilita a las Corporaciones Locales para que utilicen todos los medios compulsorios legalmente admitidos, sin perjuicio de que si los hechos usurpatorios tienen apariencia de delito se pongan en conocimiento de la autoridad judicial.

»4. En lo que concierna a los montes públicos patrimoniales se estará a lo dispuesto en la legislación especial”.

Como ya se ha indicado anteriormente sobre el citado procedimiento, la remisión que el artículo 71.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales hace al artículo 46 no va más allá de las formas de iniciación, señalando el apartado segundo del artículo 71, que la recuperación requerirá acuerdo previo de la Corporación al que se acompañarán los documentos acreditativos de la posesión, salvo que se trate de repeler usurpaciones recientes.

En el presente caso no se ha seguido el procedimiento establecido para que el Ayuntamiento pueda proceder a recuperar de oficio la posesión. Hasta la adopción del Acuerdo municipal objeto de revisión, tan sólo constan en el expediente diversos requerimientos carentes de la formalidad prevista para el ejercicio de la potestad de autotutela de la que goza el Ayuntamiento, que ni tan siquiera pueden ser estimados propiamente como de investigación previa.



Por ello, no se ha cumplido en la adopción del Acuerdo objeto de revisión el procedimiento normativamente establecido, puesto que se adoptó sin más y se comunicó únicamente el requerimiento a las personas afectadas por éste. No consta el acuerdo previo de la Corporación Municipal acompañado de los documentos acreditativos de la posesión (sin que en este caso se trate de una usurpación reciente en el sentido previsto en el artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales). En los documentos incorporados al expediente remitido no consta la más mínima acreditación de la posesión; en este sentido llama la atención que los informes emitidos (con anterioridad a la adopción del acuerdo cuya nulidad se pretende) por el Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación de xxx3, concluyen precisando que no se demuestra la titularidad demanial del bien y el carácter de la posesión de éste, sino que se trata de una servidumbre. No existe un procedimiento propiamente dicho, esto es, un procedimiento contradictorio en el que se haya concedido debidamente audiencia a los interesados y practicado la prueba correspondiente.

Conviene indicar que en el presente caso, respecto a los documentos acreditativos de la posesión y sin perjuicio de lo ya indicado anteriormente, llama la atención que en el inventario de bienes del Ayuntamiento, tal y como pone de manifiesto la Resolución del Procurador del Común, se excluye al callejón de la representación gráfica del citado inventario. Respecto a la prueba que proporciona el Inventario Municipal, el Tribunal Supremo (Sentencia de 9 de junio de 1978) señala que "El Inventario Municipal es un mero registro administrativo que, por sí solo, ni prueba, ni crea, ni constituye derecho alguno a favor de las Corporaciones, siendo más bien un libro que sirve de recordatorio constante para que la Corporación ejercite oportunamente las facultades que le correspondan". Su única trascendencia, es, por consiguiente, crear una apariencia de demanialidad, que no prejuzga las acciones ante el orden jurisdiccional civil, que es a quien compete pronunciarse sobre la definitiva propiedad de tales bienes. La jurisprudencia también ha establecido que, para considerar correcta la inclusión de un bien en el Inventario Municipal, es suficiente la simple existencia de indicios de que los bienes tienen naturaleza pública, sin necesidad de una prueba acabada o fehaciente de dicha titularidad, y ello por cuanto la inclusión de un bien en dicho inventario (o catálogo) no tiene carácter 'constitutivo', es decir, ni supone adquisición dominical alguna, ni el hecho de que no estén incluidos algunos bienes en el mismo supone que no pueda ostentar sobre éstos la Administración algún derecho. Y se ha indicado también que tampoco es preciso un expediente previo de investigación en





aquellos supuestos en los que la Administración no alberga duda sobre la naturaleza pública del bien, y ello sin perjuicio de que la catalogación como bien público pueda ser combatida ante los Tribunales del orden civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1978, 28 de abril de 1989, 23 de enero de 1996, 15 de octubre de 1997, 10 de diciembre de 2001 y 1 de octubre de 2003; y de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla La Mancha de 29 de junio de 2006, del País Vasco de 29 de octubre de 2004 y de Baleares de 3 de julio de 2003).

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Burgos, ha señalado en sus Sentencias de 16 y 29 de abril de 2004, respecto al procedimiento a seguir para la recuperación de bienes por parte de las Entidades Locales, que "En el número 2 -se refiere al núm. 2 del art. 71 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales - se precisa que la recuperación en vía administrativa requerirá acuerdo previo de la Corporación, al que se acompañaran los documentos acreditativos de la posesión, salvo que se tratare de repeler usurpaciones recientes, y aquí no existe acuerdo previo sino que de plano se procede a la recuperación requiriendo a los recurrentes para que dejen libre y expedito el camino y que de no hacerlo se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 70 y siguientes del Reglamento de Bienes, pero esto no es lo que se debe hacer sino 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, pero no como se ha hecho al revés primero se requiere que se deje expedito el camino por que en su caso se incoará el procedimiento , lo que no resulta de la regulación legal y además luego se emite el informe obrante al folio 28 incluso después de iniciado el presente contencioso".

La citada Sentencia indica asimismo que "Por ello y como señala el T.S. en la sentencia de 11 febrero 1998 (...) «el artículo 70 del Reglamento de 13 de junio de 1.986 se ha ejercitado de plano y sin seguir el procedimiento administrativo señalado al efecto, puesto que no existe expediente, como no existe la más mínima acreditación de la posesión pública previa, basándose el acuerdo adoptado únicamente en el fragmento de documento tantas veces mencionado, y que no puede formar parte de un Inventario de Bienes, tal como se opone por el Ayuntamiento y se recoge en la sentencia apelada, porque ha quedado demostrado que ese Inventario no existe. Adolece pues el llamado



expediente recuperatorio del mínimo elemento de apoyo exigible para acreditar esa previa posesión pública que podría justificar la decisión adoptada según el artículo 70»”.

La doctrina del Tribunal Supremo, sintetizada en su Sentencia de 23 de abril de 2001, señala que para el ejercicio del *interdictum proprium* (facultad de recuperación posesoria de oficio, llamado también interdicto administrativo o interdicto impropio) basta con acreditar una posesión pública anterior o una usurpación reciente de tales bienes (artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales) (Sentencia de 9 de mayo de 1997). Tal facultad, por su carácter excepcional y privilegiado sólo cabe ejercitarla cuando se encuentra respaldada por una prueba plena y acabada (sentencias de 12 de julio 1982, 20 de julio de 1984, 24 de abril de 1985, 3 de junio de 1985 y 1 de junio de 1988).

Constituye doctrina reiterada del Tribunal Supremo recogida entre otras en la Sentencia de 13 de febrero de 2006 (con cita de otras muchas como la Sentencia de 22 de noviembre de 1988, 3 de junio de 1985, 1 de diciembre de 1987, 18 de julio de 1988) que la viabilidad de la acción administrativa de recuperación posesoria exige una acreditación de la posesión pública del bien y de la perturbación posesoria del mismo. Se ha señalado que la justificación indiciaria de la posesión administrativa resulta incontrovertible (Sentencias de 25 de febrero de 2003 y 13 de enero de 2004), o que la acreditación de un efectivo estado posesorio (Sentencia de 25 de abril de 1994) es innegable salvo que la demanialidad del bien fuere incontrovertible (Sentencia de 3 de marzo de 2004).

La Sentencia Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2006 añade que en el procedimiento de recuperación de oficio, es preciso que los bienes municipales se encuentren perfectamente identificados sobre el terreno (Sentencias de 8 de mayo de 1986 y 23 de marzo de 1987) pues cuando no hay confusión de límites no es necesario un deslinde previo (Sentencia de 23 de noviembre de 1998). Facultad de recuperación de oficio que exige una prueba plena y acabada (sentencias de 12 de julio de 1982, 20 de julio de 1984, 24 de abril de 1985, 3 de junio de 1985 y 1 de junio de 1988). La claridad en la posesión administrativa del bien sobre el que se ejerce aquella facultad ha de ser inequívoca (sentencias de 22 de mayo de 1985, 12 de diciembre de 1996 y 30 de marzo de 1999).



Exigencias esenciales en razón a que el ejercicio de tal potestad implica un privilegio al resolver la Administración el problema por sí misma sin necesidad de acudir a la tutela judicial expresada a través de la actuación de los Tribunales de Justicia (Sentencias de 23 de marzo de 1999 y de 23 de abril de 2001). Por ello no cabe el ejercicio de esta privilegiada acción recuperatoria o de autotutela administrativa cuando la posesión pública no aparezca como inequívoca e indudable, o su dilucidación exija complicados juicios de valor o de ponderación.

Además, en el presente supuesto no se ha concedido trámite de audiencia en debida forma, sino que simplemente se comunicó el requerimiento para el cerramiento y retirada de los materiales.

El trámite de audiencia tiene un reconocimiento propio en el artículo 105.c) de la Constitución, como una garantía formal de los ciudadanos frente al ejercicio del poder ejecutivo con el fin de evitar situaciones de indefensión. Por ello este Consejo Consultivo reivindica el carácter garantizador del procedimiento administrativo y considera que los incumplimientos procedimentales (que raramente se limitan a agotar sus efectos negativos en el ámbito meramente formal, sino que con frecuencia trascienden a lo sustantivo y material) no sólo provocan una fisura en los derechos de los administrados sino también en la propia Administración, en tanto que ésta adopta una decisión que vulnera más o menos intensamente la legalidad vigente y menoscaba su imagen de Administración transparente, objetiva y respetuosa con la legalidad vigente que le exige el artículo 103.1 de la Constitución.

Por esta razón debe plantearse si dadas las consecuencias derivadas de la revisión de oficio, debe hacerse una interpretación flexible del defecto procedimental, dando primacía al fondo sobre la forma. Analizadas y valoradas las referidas dudas, este Consejo Consultivo considera que incumplir las reglas procedimentales establecidas, al igual que incumplir las relativas al derecho sustantivo, no deja de ser también incumplir el derecho. Y ello es más cierto cuando de la omisión del trámite de audiencia se trata, pues no sólo no debe olvidarse que la Administración carece de la facultad para prescindir a su arbitrio de este trámite legal sino que en él subyace un derecho del interesado que ni a él mismo le es permitida su renuncia "*a priori*".



La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 noviembre 2003, es suficientemente expresiva cuando indica que "(...) se ha vulnerado el trámite de audiencia previa del actor exigido por el art. 84 de la mentada Ley 30/92 en relación con el art. 71.2 del reglamento de bienes aprobado por Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio , toda vez que no es posible hablar de una ocupación reciente por parte del actor que justifique una actuación inmediata puesto que si el mencionado precepto alude a 'que al acuerdo previo de la Corporación se acompañarán los documentos acreditativos de la posesión' es porque son precisas esas actuaciones al objeto de que el afectado pueda conocerlas y formular sus oportunas alegaciones. Por lo que debemos afirmar que la recuperación de oficio de la mencionada finca de inaudita parte supone la concurrencia de una causa de nulidad prevista en el art. 67.1.e de la Ley precitada 30/92 de 256 de noviembre".

En conclusión, de acuerdo con toda la argumentación expuesta en el cuerpo del presente dictamen, este Consejo considera que el Acuerdo de 13 de agosto de 2004, sobre recuperación de oficio del callejón situado en la calle xxxx1-Plaza xxxx2, de xxxxx incurre en la causa de nulidad del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992.

**5ª.-** En cuanto a las consecuencias de la nulidad, el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que "Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley (...)".

La ausencia de referencia alguna sobre la eventual producción de daños y, en su caso, sobre su valoración, impide a este Consejo pronunciarse sobre este extremo. No obstante, se estima oportuno advertir al Ayuntamiento sobre la conveniencia de tener en cuenta la previsión del artículo 102.4 en la resolución final que dicte.

### **III CONCLUSIONES**

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:



**CONSEJO  
CONSULTIVO**  
DE CASTILLA Y LEÓN

Procede la revisión de oficio, incoada por el Ayuntamiento de xxxxx, del Acuerdo municipal de 13 de agosto de 2004, sobre recuperación de oficio del callejón situado en la Calle xxxx1-Plaza xxxx2, de xxxxx.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.