



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 2 / 1 9 9 8

La Laguna, a 13 de mayo de 1998.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *revisión de oficio de la Orden departamental número 1.150, de 25 de noviembre de 1996, que resuelve los recursos ordinarios interpuestos por L., S.A. y S.S.C., S.L., contra la Resolución del Director General de Urbanismo, de 18 de julio de 1996, por la que se aprobó definitivamente el Proyecto de compensación del sector de S.A.U. Meloneras 2B, en el término municipal de San Bartolomé de Tirajana (EXP. 94/1997 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen es la propuesta de resolución del procedimiento de revisión de oficio de la Orden Departamental nº 1.150, de 25 de noviembre de 1996, de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente, por la que se resolvieron los recursos ordinarios contra la Resolución del Director General de Urbanismo, de 18 de julio de 1996, que aprobó el Proyecto de Compensación del Plan Parcial de Meloneras, sector 2.B.

II

1. La Orden Departamental nº 1.150 de 25 de noviembre de 1996 (OD 25.Nov.1996) al resolver los recursos ordinarios contra la Resolución del Director General de Urbanismo de 18 de julio de 1996 (RDGU 18.Jul.1996) modificó algunos extremos de su parte dispositiva.

* PONENTE: Sr. Reyes Reyes.

Entre éstos se encontraba el primer apartado que disponía así: "Aprobar el proyecto de compensación Meloneras 2B, tramitado como de propietario único, declarando como dudosa la cabida real no acreditada fehacientemente por ningún medio de prueba o procedimiento válido en derecho", y que fue sustituido por la OD 25.Nov.1996 por el siguiente: "Tener por aprobado definitivamente el Proyecto de Compensación Meloneras 2B, tramitado como de propietario único, declarando como litigiosa la finca aportada nº 4.079".

Ahora, con la propuesta de resolución que se dictamina, se pretende anular la declaración de litigiosa de la finca referida por estimar que infringe gravemente el ordenamiento jurídico.

2. La aprobación de un proyecto de compensación, tramitado como de propietario único, es un acto declarativo de derechos porque enriquece el patrimonio jurídico del promotor ya que remueve los obstáculos al ejercicio de su *"ius aedificandi"*.

A su vez, el acto que se trata de revisar, al contener la declaración de litigiosa de la finca, ha generado también un efecto favorable para la parte personada en el expediente y recurrente, que postuló dicha declaración, porque la misma comporta una medida cautelar de garantía complementaria, protectora de la situación jurídica que ha hecho valer invocándola ante la Administración, pero cuyo amparo definitivo tiene instado y residenciado en sede jurisdiccional, donde incluso ha obtenido en su favor el mandamiento judicial de anotación preventiva de su demanda en el Registro de la Propiedad donde figura inscrita la finca en cuestión.

En consecuencia, la O.D. 25.Nov.1996 contiene un acto declarativo de derechos. Al resolver sendos recursos ordinarios interpuestos, con independencia de las consideraciones que a este particular luego se expondrán, puso fin a la vía administrativa, conforme a lo determinado en el art. 109, a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP-PAC). Iniciado el procedimiento de revisión antes del transcurso del plazo de cuatro años desde que fue dictada dicha resolución, en virtud de la O.D. de 3 de abril de 1997 que dispuso su incoación, se cumple, por consiguiente, los requisitos de los arts. 63.1 y 103.1 LPAC en relación este último con el art. 102.1 de la misma.

Es la titular de la Consejería quien ha incoado y se propone resolver, bajo la forma de Orden Departamental, el procedimiento de revisión, tal como prescriben los arts. 29.1,g) de la Ley 14/1990, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, LRJAPC; y 42 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, LGAPC, en relación con el art. 37 de la misma.

Se señaló que sólo se pretende revisar un concreto extremo de la OD 25.Nov.1995 por estimar que infringe gravemente el ordenamiento jurídico, es decir, por un vicio de anulabilidad; en consecuencia, el Dictamen de este Consejo tiene carácter preceptivo pero no habilitante según el art. 103.1 LPAC, en relación con el art. 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo

III

En el Fundamento III del Dictamen 59/1995, de 28 de julio, el Consejo señaló que, como órgano encargado de velar por la observancia del ordenamiento jurídico, estaba obligado a examinar si las actuaciones administrativas sometidas a su Dictamen pudieran incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho, aunque su intervención no se hubiera solicitado en un procedimiento con el fin de declararlo y, por tanto, el Dictamen no pueda producir efectos habilitantes al respecto; ya que la transcendencia de un vicio de este tipo no permite que se omita señalar *ex officio* la posibilidad de su existencia en un Dictamen cuya función, sea cual fuere su objeto, es la de garantizar la legalidad de la actuación administrativa.

Se trae a colación esta consideración porque, por este procedimiento, se pretende revisar por vicio de anulabilidad un concreto extremo de la OD 25.Nov.1996, que resolvió unos recursos ordinarios contra la RDGU 18.Jul.1996 que aprobó un proyecto de compensación en virtud de la solicitud de subrogación en la competencia municipal para su aprobación que formuló el 27 de marzo del mismo año el promotor de ese proyecto, con base en el art. 165.5 TRLS de 1992 en relación con el art. 157.3 del mismo y el art. 16.11 del Reglamento Orgánico de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente (ROCPT).

En el procedimiento de elaboración del proyecto de compensación sólo se produce una única aprobación administrativa que tiene carácter de definitiva (art.

174 RGU) y que corresponde otorgar al Pleno del Ayuntamiento (art. 22.2,c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL, puesto que el proyecto de compensación es un instrumento de gestión urbanística). No existe norma sectorial que someta esta aprobación municipal a una aprobación ulterior de la Administración autonómica.

Por consiguiente, la aprobación por el Pleno del proyecto de compensación agota la vía administrativa (art. 52.2,a) LRBRL y art. 109,c) LPAC) y, por ende, contra ella no cabe el recurso ordinario, el cual sólo procede contra resoluciones de órganos que, por tener superior jerárquico, no la agotan (arts. 107.1 y 114.1 LPAC). El único recurso que cabe contra esa aprobación es el contencioso-administrativo, sin más requisito que la comunicación a la que se refiere el art. 110.3 LPAC; no siendo necesaria la interposición del recurso de reposición que menciona el art. 52.1 LRBRL, porque este se remitía "a los casos en que proceda" que eran los contemplados en los arts. 52 a 55 de la LJCA y 126 LPA de 1958 que han sido derogados por la LPAC (Disposición Derogatoria 2.b) y c)); y porque el art. 306.1 TRLS 1992 -al que no afectó la STC 61/1997, de 20 de marzo, y que mantiene en vigor la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, LRSV- dispone que en materia urbanística los actos de las entidades locales que agoten la vía administrativa son directamente recurribles ante la jurisdicción contenciosa.

El régimen de impugnación del acto de aprobación municipal del proyecto de compensación tiene trascendencia dado el tenor del art. 300 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

Este precepto, que sustituyó al art. 220 del Texto Refundido de 1976, que tampoco ha sido afectados por la STC 61/1997, de 20 de marzo (véase su Fallo y su Fundamento Jurídico 40) y que mantiene vigente la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, LRS (véase el primer apartado de su Disposición Derogatoria) establece:

"Las decisiones que adoptaren los órganos autonómicos mediante subrogación se considerarán como actos del Ayuntamiento, **a los solos efectos de los recursos admisibles**".

Esto significa, por tanto, que la RDGU de 18 de julio de 1996, publicada en el BOC de 11 de noviembre con fecha de 23 de octubre, agotó la vía administrativa y que contra ella sólo cabía recurso contencioso-administrativo.

No obstante, en el apartado quinto de su parte dispositiva se expresaba lo contrario: que no agotaba la vía administrativa y que contra ella cabía recurso ordinario ante el titular del Departamento.

En uso de esa posibilidad que les brindaba la RDGU de 18.jul.1996, interpusieron recurso ordinario los interesados personados en el expediente a los que se les notificó individualmente antes de su publicación en el BOC; recursos que fueron resueltos por la OD 25.Nov.1996 que ahora se pretende revisar.

Hay que señalar que, sin embargo, A.C.B.L., P.C.B.L. y A.C.B.L. comunicaron el 3 de diciembre de 1996 a la Dirección General de Urbanismo su intención de interponer recurso contencioso administrativo contra la RDGU de 18.jul.1996, publicada con fecha de 23 de octubre en el BOC de 11 de noviembre, el cual efectivamente interpusieron porque en el expediente consta la resolución, de cuatro de diciembre de 1996, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recaída en el recurso contencioso interpuesto por esos tres particulares contra esa RDGU y por la que se reclama la remisión del expediente.

La RDGU 18.jul.1996 era un acto que agotaba la vía administrativa y contra el cual no había más medio de impugnación que el recurso contencioso administrativo, que es lo mismo que decir que los órganos de esta jurisdicción, en ejercicio de su exclusiva potestad jurisdiccional (art. 117.3 de la Constitución, arts. 2 y 9.4 LOPJ, arts. 1 y 37.1 LJCA), eran los únicos competentes para revisarlo en caso de que fuera impugnado.

El art. 53.1 LPAC exige que los actos administrativos se dicten por el órgano competente y a través del procedimiento establecido; el art. 12.1 LPAC dispone que la competencia es irrenunciable, del art. 20 LPAC resulta la obligación de los órganos de abstenerse de resolver en asuntos que no son de su competencia y el art. 67.3 LPAC únicamente permite que el vicio de incompetencia sea convalidado en caso de que exista un órgano competente superior jerárquicamente al que dictó el acto viciado, y el art. 62.1, b) LPAC tipifica como vicio de nulidad de pleno derecho los

actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

La competencia es la medida de la potestad atribuida a cada órgano. Si no existe una norma creando una potestad a favor de la Administración autonómica, el ejercicio de una de las facultades de esa potestad por uno de sus órganos constituye una actuación administrativa de hecho no habilitada por el ordenamiento jurídico a la que le corresponde la calificación de actuación de un órgano manifiestamente incompetente.

Los arts. 300 y 306.1 TRLS de 1992 en relación con los arts. 22.2, c), 25.2, d) y 52.2, a) LRBRL y con los arts. 5 y 7 RGU privan de toda potestad a la Administración autonómica para reformar por vía de recurso los actos de ejecución del planeamiento que haya dictado en sustitución del Ayuntamiento. El conocimiento de las impugnaciones por vía de recurso a esos actos y la potestad de revisarlos corresponde en exclusiva al orden contencioso de la Administración de Justicia.

El acto administrativo contenido en la OD 25.Nov.1996 fue dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, vicio de nulidad de pleno derecho que no es convalidable (arts. 62.1, b) y 67.3 LPAC).

A esta conclusión no empece que la RDGU 18.jul.1996 indicara que contra ella cabía recurso ordinario, porque las normas de procedimiento, de competencia y especialmente las que establecen la competencia de los órganos del poder judicial no están a disposición de los órganos administrativos ni de los particulares. Esa indicación errónea de la RDGU podrá tener trascendencia en orden a determinar el término inicial para computar el plazo dentro del cual los interesados podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra ella, pero no en orden a la imposible subsanación de un vicio de nulidad de pleno derecho.

De lo expuesto se deriva que existen suficientes razones para que la Administración valore la procedencia de incoar un procedimiento de revisión de oficio dirigido a declarar la nulidad de pleno derecho de la OD 25.Nov.1996 por estar incurso en la causa del art. 62.1, b) LPAC.

IV

Para el análisis de la propuesta de resolución hay que partir de las siguientes premisas:

1º. Las controversias de Derecho Civil entre particulares corresponde resolverlas a la jurisdicción ordinaria; las pretensiones encontradas sobre la titularidad y linderos de las fincas están reservadas a su exclusivo conocimiento. Las autoridades administrativas no pueden inmiscuirse en un litigio civil que se suscita entre particulares. Ni lo pueden decidir ni pueden, fundamentándose en la existencia de este litigio, negarse a resolver sobre una solicitud que le formule un propietario. A quien cuestiona el derecho dominical de éste o las lindes de su propiedad le incumbe ejercitar las acciones civiles ante el juez competente y presentar a la Administración una decisión judicial que reconozca sus derechos.

En tanto no obtenga esa decisión judicial las autoridades administrativas deben considerar como propietario a quien aparece como tal, y resolver sus solicitudes en consonancia con la posición jurídica de titular dominical con la que aparece, máxime cuando los actos y autorizaciones de las Corporaciones Locales, que intervengan la acción de los administrados -categorías en las que se subsume la aprobación de un Proyecto de Compensación por el procedimiento de propietario único- no alteran la situación jurídico privada del sujeto al que se refieran y de las demás personas, y se entenderán otorgadas las autorizaciones salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero y no pueden ser invocadas para excluir la responsabilidad civil de su beneficiario (arts. 10 y 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

Se presume propietario a quien aparezca como tal en el Registro de la Propiedad, presunción que sólo puede ser destruida por resolución judicial (art. 38 LH).

La presunción registral de exactitud en punto a la extensión de la finca es sólo *iusuris tantum*, no constituyendo la inscripción una prueba legal de las circunstancias físicas de la finca registrada (SSTS 10 de julio de 1984, Ar. 3844; de 21 de septiembre de 1987, Ar. 6187; y de 6 de abril de 1994, Ar. 2942, entre otras muchas), por lo que en caso de discordancia entre la superficie registral y la real prevalece ésta, regla que es trasladada al ordenamiento urbanístico por el art. 103.3 RGU.

Por ello, la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento para la determinación de la extensión de las fincas se remite, en cuanto no sea suficiente la descripción del Registro de la Propiedad, a la que resulte de los Registros Fiscales (art. 3.2 LEF y 19 REF). Con el mismo fin el ordenamiento urbanístico se remite a la legislación de expropiación forzosa (art. 135.1 TRLS 1976, art. 76.2 RGU).

Entre esos registros fiscales se encuentran los Catastros Inmobiliarios (D.A. IV^a Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, LRHL) entre cuyos datos se incluye la superficie de las fincas.

Por consiguiente la Administración debe tener como propietario al titular registral de la finca y en cuanto a la superficie de ésta, en caso de discordancia entre la expresada registralmente y la realidad, se ha de atener a la que resulte del Catastro.

En el presente supuesto el promotor ha demostrado su titularidad registral de la finca y ha aportado el plano catastral y la certificación catastral que acreditan que la finca tiene la extensión que ha indicado en el proyecto de compensación y no existe decisión judicial que ponga en cuestión a una y otra, de modo que la apariencia de buen derecho juega a su favor, por lo que no es posible que las medidas cautelares a adoptar sean en detrimento de su posición jurídica, que es la que mejor apariencia de buen derecho reviste, mientras que la parte interesada en la declaración de finca litigiosa ha reiterado, como señala la RDGU 18.jul.1996, los mismos argumentos que adujo contra la aprobación del Plan Parcial que estableció el sistema de compensación en su modalidad de propietario único, y que no se estimaron suficientes para variar esa decisión.

2º. Como resulta de los arts. 94 y 96.3 TRLS 1976, art. 6 de la Ley territorial 5/1987, de 7 de abril, sobre Ordenación Urbanística del Suelo Rústico, LOUSR; arts. 4.1,a) y 13 de la Ley territorial 7/1990, de Disciplina Urbanística y Territorial, LDU, en relación con los arts. 44, 46 y 47 del Reglamento Hipotecario y de su comparación con los arts. 97 y siguientes TRLS 1976 y concordantes del RGU son dos operaciones jurídicas la parcelación y la reparcelación.

Por la primera, un terreno se divide conforme a las determinaciones del planeamiento en parcelas independientes aptas para ser transformadas en solares a fin de formar un núcleo de población.

La reparcelación, por el contrario, consiste en una división dirigida a agrupar todas las fincas comprendidas en un polígono o unidad de actuación para su nueva división ajustada al Plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados en proporción a sus respectivos derechos, con el fin de distribuir los beneficios y cargas de la ordenación urbanística y situar su aprovechamiento en zonas aptas para la edificación según el planeamiento.

Estas diferencias entre parcelación y reparcelación son trascendentes para la aplicación supletoria de las normas de la reparcelación al Sistema de Compensación porque la regulación de este sistema contempla dos supuestos de hecho diferentes:

Uno, el de propietario único (arts. 157.3 párrafo primero, y 137 RGU), en cuyo caso la finalidad de la aplicación de este sistema es que el propietario realice la aportación de los terrenos de cesión obligatoria y de las reservas que establezca el plan, localice las parcelas edificables, señale aquéllas en que se sitúe el aprovechamiento que corresponda a la Administración y realice a su costa la urbanización. Este supuesto con el que guarda similitud es con la parcelación.

Otro, el de pluralidad de propietarios, que persigue también que sean ellos mismos los que gestionen y ejecuten la urbanización de un polígono o unidad de actuación mediante la agrupación de sus fincas para su nueva división y localización con solidaridad de beneficios y cargas. El sistema de compensación con pluralidad de propietarios tiene la misma finalidad que la reparcelación, por lo que es posible la aplicación analógica de los preceptos que regulan la reparcelación para cubrir las lagunas de su regulación. Pero las lagunas de la regulación del sistema de compensación por propietario único no es posible colmarlas con las de la reparcelación porque aquél no tiene la misma finalidad o identidad de razón (equidistribución de beneficios y cargas).

Esta imposibilidad se pone de relieve al examinar los resultados a los que conduce la aplicación del art. 103.4 RGU por la OD 25.Nov.1996 que declaró, al aprobar el proyecto de compensación de propietario único la finca litigiosa, lo que exige la constitución de una Junta de Compensación donde la Administración representaría a la titularidad litigiosa que abarcaría todo el polígono o unidad de actuación y en la que, por tanto, no tendría asiento el promotor del proyecto, con lo que ya no nos encontramos con el sistema de actuación, donde son los propietarios

quienes ejecutan el planeamiento; y además se habrían de redactar las Bases de Actuación conforme a las cuales se tendría que formular el proyecto de compensación que ya está aprobado definitivamente por la misma resolución administrativa; de lo que resulta que se han de realizar dos actos previos a dicha aprobación definitiva, constitución de la Junta y Formulación de las Bases. Un acto de aprobación de un proyecto de compensación en la modalidad de propietario único que contenga la declaración de litigiosidad de la finca que constituye el polígono o unidad de actuación, podría ser un acto de imposible cumplimiento y, por tanto, insusceptible de producir efecto alguno con lo que constituiría un acto de contenido imposible, vicio que el art. 62.1,b) LPAC tipifica como de nulidad de pleno derecho.

Ello conllevaría además la imposibilidad de ejecutar el planeamiento correspondiente, lo que contradiría el art. 56 TRLS 1976 que otorga carácter ejecutivo a los Planes, y el interés público en su ejecución.

Por consiguiente, la OD 25.Nov.1996 en el extremo que se pretende revisar infringió el art. 103.4 RGU porque lo aplicó a un supuesto en que era inaplicable, y el art. 56 TRLS 1976 en cuanto la aplicación que hizo del art. 103.4 RGU impide la ejecución del Plan Parcial, infracciones que constituyen por sí solas un vicio de anulabilidad.

La aplicación analógica del art. 103.4 RGU porque éste contempla el supuesto de que se debe señalar que el art. 103.4 RGU es aplicable cuando exista una duda o un litigio respecto a la titularidad de derechos sobre las fincas. En el expediente está acreditado que la entidad que ha comparecido como interesada en el procedimiento de aprobación del proyecto de compensación lo que ha ejercido ante la jurisdicción civil es principalmente una acción de deslinde tal como resulta de su invocación de los arts. 384 a 387 del Código Civil en los fundamentos de derecho de su demanda y del suplico de ésta, y de su escrito de réplica que esa misma interesada ha aportado al expediente. El fin de la acción de deslinde es delimitar la cosa objeto de propiedad y tiene como presupuesto la titularidad dominical respectiva del actor y demandado sobre los predios colindantes y la confusión de sus linderos en el punto o línea de tangencia. Es un remedio para delimitar fincas colindantes pero independientes dominicalmente y sobre cuya extensión superficial respectiva se discrepa, y no para decidir cuestiones de prevalencia dominical en favor de determinado titular (STS de 12 de mayo de 1980, Ar. 1793).

V

La RDGU 18.Jul.1996 se notificó personalmente a los interesados y se publicó, como dictada el 23 de octubre de 1996, en el BOC de 11 de noviembre de 1996. Tanto en la notificación individual como en la publicación se indicaba que contra ella cabría recurso ordinario, con lo que se abrían dos plazos distintos para interponerlo: aquel cuyo término inicial se situaba en el día siguiente a la notificación y aquel otro cuyo término inicial lo constituía el día siguiente a su publicación en el BOC; pero sin que hubiera finalizado este segundo plazo se dictó la OD 25.Nov.1996 que resolvió los recursos ordinarios interpuestos por los interesados a los que se notificó individualmente y luego, dentro del segundo plazo y con posterioridad a dicha OD, se interpusieron dos recursos ordinarios literalmente idénticos, uno por el facultativo redactor del proyecto de compensación y otro por uno de los propietarios.

La propuesta de resolución considera por esta razón la OD 25.Nov.1996 incurre en otra infracción grave del ordenamiento jurídico contemplada en los arts. 63 y 103 LPAC lo que constituye otro motivo para proceder a su revisión.

Este juicio no se puede compartir porque como se indica en el Fundamento III, no procedía recurso ordinario contra la RDGU de 18.jul.1996 y que por ello la OD 25.Nov.1996, al resolver los interpuestos, incurrió en vicio de nulidad de pleno derecho.

En todo caso, el que la OD 25.Nov.1996 se dictara antes de que finalizara el plazo abierto por la publicación de la RDGU constituye un defecto de forma que sólo determinaría su anulabilidad si ocasionara indefensión a los interesados. De los dos interesados que interpusieron recursos ordinarios dentro de este segundo plazo, uno era un propietario que actuaba por medio de representante que ya había interpuesto dentro del primer plazo recurso ordinario. Dada la imputación de los actos del representante en ejercicio de su representación al representado este propietario ya habría interpuesto recurso ordinario dentro del primer plazo que resolvió la OD 25.Nov.1996, por lo que ninguna indefensión se le ha causado y su interposición de un nuevo recurso ordinario no es más que un intento fraudulento de volver a reabrir una vía impugnatoria que ya había agotado, abstracción hecha de que esta vía no procedía conforme a los arts. 300 y 306.1 TRLS 1992.

En cuanto al recurso interpuesto por el facultativo redactor del proyecto de compensación, no se puede reconocerle legitimación para interponerlo porque no tiene el carácter de interesado, ya que no es propietario y no se puede amparar en el ejercicio de la acción pública (art. 304 TRLS 1992) porque ésta se confiere para la defensa del interés público y la pretensión que esgrime en su recurso ordinario satisface tan solo el interés subjetivo de los propietarios *pro indiviso* que han formulado del proyecto de compensación, a cuya comunidad no pertenece.

C O N C L U S I Ó N

El extremo que se pretende revisar de la Orden Departamental de 25 de noviembre de 1996, incurre en el vicio de anulabilidad que se expresa en la propuesta de resolución y ello sin perjuicio de la apreciación de la concurrencia de los vicios de nulidad de que tratan los Fundamentos III y IV.