



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 0 3 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 30 de marzo de 2017.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Ingenio en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo de la Comisión de Gobierno, de 15 de enero de 2002, por el que se aprobó el «acta de mutuo acuerdo» firmada por (...) y (...) y el Alcalde, por la que se permutaban ciertos terrenos (EXP. 56/2017 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Solicitud y preceptividad de la consulta.

1. Mediante escrito de 15 de febrero de 2017, de salida el día 15 y entrada en esta institución el 22 de febrero de 2017, el Alcalde del Ayuntamiento de la Villa de Ingenio solicita, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.b), 12.3, y 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, dictamen preceptivo por el procedimiento de urgencia sobre la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo de la Comisión de Gobierno, de 15 de enero de 2002, por el que se aprobó el «acta de mutuo acuerdo», firmada por (...) y (...) (los interesados) y el Alcalde, de 13 de diciembre de 2001, de cesión de terrenos (permuta), al considerarse que el mencionado Acuerdo estaba incurso en la causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), por cuanto fue adoptado «prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido».

Se trata, pues, de un supuesto de dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo y con efectos obstativos, por cuanto de acuerdo con lo previsto en el art.

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

102.1 LRJAP-PAC [normativa aplicable en virtud de la previsión contenida en la Disposición transitoria tercera b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)], es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar lo contrario; es decir, ha de entender conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, procediendo tal declaración al incurrir el acto sometido a revisión en la causa alegada por la Administración, que la justifica suficientemente.

Urgencia de la consulta.

2. La petición del dictamen por el procedimiento de urgencia no viene fundada en causa objetiva o temporal que haga necesario para el interés público o los legítimos intereses de terceros que el procedimiento de acción consultiva se tramite por el procedimiento de urgencia. Desde luego, parece que la ocupación municipal *desde hace más de 16 años de suelo privado* -al amparo de una permuta cuya aprobación por la Comisión de Gobierno Local ahora se pretende revisar- es argumento suficiente para que el procedimiento se concluya a la mayor brevedad posible, pero no en detrimento del tiempo ordinario con el que cuenta este Consejo para emitir un dictamen debidamente fundado en Derecho. Además, pese al tiempo transcurrido, no se desprende del expediente que concurra alguna causa que permita fundar una petición de urgencia. Al contrario, en este caso se plantean cuestiones que requieren un meditado juicio cuya conclusión puede eventualmente tener consecuencias económicas para el Municipio, pues no sólo se ventila un procedimiento revisor sino también el alcance de las consecuencias indemnizatorias caso de acordarse la nulidad.

Como se dijo en anterior dictamen emitido por el Consejo en este mismo asunto (DCC 157/2010, de 17 de marzo), «dadas las características del procedimiento es claro que ha de justificarse razonadamente la singular incidencia de alguna causa específica para poder señalar la urgencia del procedimiento consultivo, ya que, de lo contrario, siempre existiría tal urgencia en todos los procedimientos revisores». Por ello, sin perjuicio de actuar con la mayor celeridad posible, el presente dictamen se emite por el procedimiento ordinario.

En cualquier caso, y a mayor abundamiento, la Ley de este Consejo Consultivo sólo prevé que la solicitud de Dictamen con carácter urgente se efectúe por el Presidente del Gobierno o del Parlamento, no habilitando por tanto a estos efectos a los Alcaldes de las Corporaciones Locales.

II

Antecedentes.

1. Parte de los antecedentes del presente procedimiento revisor quedaron explicitados en el dictamen emitido con anterioridad. La larga duración del procedimiento, la sucesión normativa habida, el conocimiento del asunto por la jurisdicción contenciosa administrativa y sendas incoaciones de procedimiento revisor aconsejan reiterar la secuencia de hechos, complementada por los habidos tras la emisión por este Consejo del dictamen de referencia.

- Los interesados eran propietarios, en común pro indiviso con un tercer hermano ausente en la firma (...), de una parcela de 1.369,14 m² de la que cedían las 2/3, de 1.012,94 m², al Ayuntamiento para ser destinadas a «vial público» a cambio de «una superficie de 200 m² (...) que el Ayuntamiento adquiriría en el Plan Parcial El Burrero Norte», y que se entregaría «en el plazo máximo de un año desde la finalización de las obras de urbanización del citado Plan Parcial (...)». No obstante, los interesados autorizan de forma expresa al Ayuntamiento de Ingenio para que disponga de la superficie objeto de cesión desde la fecha de la firma.

El 13 de diciembre de 2001, el Alcalde de la Villa de Ingenio y los interesados firmaron un «acta de mutuo acuerdo», que en puridad es un preacuerdo o presupuesto de contrato de permuta a perfeccionar posteriormente entre el Ayuntamiento y ambos interesados, lo que tuvo lugar cuando la Comisión de Gobierno Local acordó por unanimidad aprobar tal acta «en todos sus términos» el 15 de enero de 2002.

Según valoración, de 11 de enero de 2001, de la Oficina Técnica del Ayuntamiento de Ingenio, la citada finca tenía en tal fecha un valor de 1.734.153 pesetas.

- El 4 de marzo de 2009, el arquitecto municipal emite informe pericial valorando la tercera parte del suelo privado a permutar en 206.270,39 €.

- El 23 de abril de 2009 (ocho años después de formalizarse el contrato de permuta), el valor de la parcela municipal a permutar (que no era la inicial de 200 m² sino otra de 230,75 m²) era de 101.530,00 euros.

- El 10 de junio de 2009, el hermano preterido en el acta de cesión presenta escrito en el que manifiesta su disconformidad con la permuta y su preferencia por

recibir una «compensación económica». Esta personación no tuvo efectos en el procedimiento incoado, ni la alegación fue respondida.

- El Pleno, por unanimidad, adoptó el 22 de diciembre de 2009 el Acuerdo de revisar de oficio el Acuerdo de la Comisión de Gobierno Local de referencia, ya que se incumplió con el procedimiento legalmente previsto para la enajenación de bienes inmuebles municipales. Aunque el sistema ordinario de enajenación es la subasta pública, la ley contempla una excepción al mismo que, sin embargo, se aplicó indebidamente, pues se incumplía una condición esencial: que la diferencia de valor entre los bienes afectados no sea superior al 40 por ciento del que lo tenga mayor.

Notificado el citado Acuerdo a los dos interesados, en trámite de audiencia formulan alegaciones en escrito de 8 de enero de 2010, en el que muestran su conformidad con la revisión, pero discrepan del precio que se asigna a su parcela en función de la valoración hecha en las fechas de la permuta, por lo que solicitan una compensación económica una vez anulada aquélla.

El 17 de marzo de 2010, el Consejo Consultivo emite dictamen (DCC 157/2010) respecto de la Propuesta de Resolución entonces formulada en el procedimiento revisor incoado. Notificado el dictamen a los interesados, éstos proponen el 30 de abril de 2010 realizar un «nuevo convenio» (permuta) con nueva «valoración» del suelo, y que se actúe de conformidad con el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo.

El 18 de mayo de 2011, los dos interesados iniciales solicitan la incoación de nueva revisión de oficio, por caducidad del anterior, con indemnización del valor suelo y de los daños causados por la vía de hecho en la ocupación del suelo o, subsidiariamente, la resolución del contrato de permuta por incumplimiento de los compromisos asumidos.

Tras acreditarse, el 7 de octubre de 2011, que la parcela municipal de 200 m² -a permutar por el suelo privado- no estaba disponible, sino otras de menor y mayor cabida, y de informarse el 18 de octubre de 2011 sobre la insuficiencia del expediente incoado respecto de determinadas cuestiones no resueltas por el mismo, la Comisión informativa de Infraestructura procedió el 20 de octubre de 2011 a retirar del orden del día la propuesta de revisión de oficio, por estar el expediente «incompleto».

El 19 de octubre de 2015, se dicta Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6, de Las Palmas, interpuesto por la desestimación presunta de la

petición de incoación del procedimiento de revisión de oficio, por la que se ordena a la Administración que inicie y resuelva el expediente de revisión instado, con apreciación de temeridad en la actuación del Ayuntamiento.

El 28 de marzo de 2016, el Pleno acuerda declarar la caducidad del procedimiento revisor tramitado e incoa uno nuevo en ejecución de sentencia. Notificado a los tres interesados, estos presentan el 13 de abril de 2016 escrito en el que solicitan la indemnización actualizada del suelo ocupado, los intereses y el 25% por vía de hecho.

El 2 de junio de 2016, se emite informe pericial municipal sobre la valoración del suelo ocupado a fecha «mayo de 2016», de acuerdo con la legislación del suelo (Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 y Reglamento de Valoraciones de 2011) en materia de justiprecio y expropiación, ascendiendo el mismo, incluido el 5% de afección, a 128.226,05 €.

El 24 de junio del 2016, el Alcalde considera que es el competente para la resolución de este asunto, por lo que ratifica los actos del Pleno dictados hasta la fecha y suspende el procedimiento hasta que los interesados presenten valoración pericial contradictoria.

El 7 de septiembre de 2016, los interesados presentan escrito en el que solicitan una indemnización de 819.259, 08 euros, con fundamento en el informe pericial aportado (valor del suelo: 624.197,40 €, más 5% de afección y 25% de vía de hecho).

El 21 de septiembre de 2016, el Alcalde dicta Decreto por el que se traslada el citado informe pericial al arquitecto municipal y se suspende el procedimiento hasta que lo emita. El informe -que se emite el 28 de noviembre de 2016, aunque se remite al Ayuntamiento el 12 de diciembre de 2016- realiza la valoración de conformidad con la legislación del suelo (Texto Refundido de 2015) y Circular del Catastro de 2016). Rechaza la valoración pericial de parte y se ratifica en la valoración efectuada el 2 de junio de 2016 (128.226,05 €).

El 16 de enero de 2017, se formula Propuesta de Resolución que asume el contenido del referido informe, más los intereses legales y el 25% por vía de hecho. Notificada la propuesta a los interesados, éstos presentan escrito de 1 de febrero de 2017, reafirmandose en su petición indemnizatoria.

2. Como se ha dicho, este asunto ya fue objeto de dictamen de este Consejo (DCC 157/2010, de 17 de marzo), que concluyó en que debían realizarse ciertas

«aclaraciones y actuaciones», lo que concernía esencialmente a los siguientes aspectos: la titularidad real de la finca ofrecida por los interesados [ya que (...), hermano de los interesados iniciales que suscribieron el acta de cesión, no había sido llamado aun al procedimiento siendo propietario en 1/3 de la cosa común pro indiviso]; las superficies de las fincas a permutar (el informe del arquitecto municipal, de 30 de septiembre de 2009, menciona que se cedieron al Ayuntamiento 675,29 m², sin especificar más, mientras que el suelo afectado parece ser de 1.012,94 m² de una finca de 1.369,14 m² a permutar por otra municipal, no de 200 m² -como constaba en el acuerdo de cesión-, sino por otra de mayor cabida (230,75 m²), sin que en ningún caso pueda hablarse de cantidades aproximadas); la valoración de la finca a permutar; y la ausencia de previo deslinde y determinación de la situación física y jurídica de la propiedad privada afectada. Finalmente, se observó que de producirse la caducidad del procedimiento -al transcurrir más de tres meses desde su inicio sin ser resuelto-, sin que se hubieran realizado las actuaciones que se reseñan en el dictamen emitido, entonces habría de declararse la caducidad del mismo sin perjuicio de iniciarse y tramitarse otro con similar fin, cabiendo, en su caso, valorar la aplicación del art. 106 LRJAP-PAC.

Tras la emisión del mencionado dictamen, por la Administración competente se incoó e instruyó nuevo procedimiento revisor, aclarándose o resolviéndose algunas de las dudas suscitadas por el Dictamen 157/2010, particularmente en lo concerniente a:

A. La preterición de propietario común pro indiviso de la finca a permutar.

Por lo que respecta a la preterición de propietario común pro indiviso de la finca privada a permutar, consta en el expediente que (...) fue llamado al procedimiento, por notificación del Acuerdo del Pleno, de 22 de marzo de 2016, que declaró la caducidad de procedimiento revisor tramitado e incoó, en ejecución de sentencia, nuevo procedimiento revisor. Dicha notificación tuvo lugar el 4 de abril de 2016, compareciendo en adelante a cuantas actuaciones le afectaban.

En cualquier caso, causa extrañeza que, habiéndose opuesto este interesado (10 de junio de 2009) a la permuta acordada en su día, manifestando su opción por una compensación económica, no se le diera respuesta a su petición ni se le llamara entonces al procedimiento de inmediato.

B. Finca pública a permutar. El suelo ofrecido por los interesados en permuta tenía una superficie de 1.012,94 m² (de una matriz de 1.369,14 m²). Esa superficie - que se ocupó el 13 de diciembre de 2001, ejecutándose la obra que entró en servicio

«desde el año 2003»-, se permutaba por un solar propiedad del Ayuntamiento de Ingenio «con una superficie de 200 m² (...) que se entregará en el plazo máximo de un año desde la finalización de las obras de urbanización del (...) plan parcial El Burrero Norte». Este hecho tuvo lugar el 12 de julio de 2005, por lo que la Administración hubiera debido entregar el terreno permutado el 12 de julio de 2016, como fecha límite. A lo que no se procedió.

El 15 de febrero de 2011, se certifica que, a los efectos de cumplimentar el pago de diferentes negocios jurídicos con terceros -entre ellos, la permuta con los interesados-, ninguna finca es de 200 m², sino de superficie menor y mayor. El 7 de octubre de 2011, se informa que cuando a finales de 2009 se quiso cumplimentar la entrega a los interesados de la finca permutada, se constató que «la finca propiedad que quedaba disponible [tenía (...)] 230,75 m² de superficie», es decir, parcela distinta de la ofrecida en su día como objeto de permuta. Pero nada se hizo.

III

Las deficiencias del procedimiento revisor inicialmente incoado.

Tras la emisión del dictamen de este Consejo, los interesados iniciales solicitan (18 de mayo de 2011) la incoación de nuevo procedimiento revisor, expresando el Alcalde (28 de septiembre de 2011) su favorable predisposición a ello. Tras efectuarse propuesta en tal sentido (11 de octubre de 2011), la Concejala de Urbanismo la asume en igual fecha, pero en informe de 18 de octubre de 2011 la Secretaría corporativa propone que el asunto «debería quedar sobre la mesa» a los efectos de resolver -justamente, al amparo del dictamen de este Organismo- ciertas cuestiones que concernían a: la valoración «actual» del suelo; la consideración de una indemnización complementaria del 25% por la ocupación del suelo por vía de hecho; la prescripción adquisitiva del suelo por parte del Ayuntamiento y la prescripción de la acción de los interesados; el registro e inventariado de los bienes; la representación no otorgada; y el concurso de posible responsabilidad penal por falsedad.

El 20 de octubre de 2011, la Comisión informativa de Infraestructura asumió el antedicho informe, procediéndose a retirar el asunto del orden del día por considerarse que el expediente administrativo estaba «incompleto».

El expediente que acompaña a la solicitud de dictamen no da respuesta a todas estas cuestiones, pero sí a algunas de forma expresa (asumiéndose alguna por la

Propuesta de Resolución, como la indemnización complementaria del 25% en concepto de vía de hecho), o indirecta o implícita. Las no resueltas deberán ser objeto del dictamen de fondo que se emita. Las resueltas deberán ser objeto de valoración a los efectos de determinar su adecuada resolución y su eventual consideración en el dictamen a emitir. Tales cuestiones llevaron a que la revisión de oficio quedara pospuesta y que los interesados presentaran recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud, ordenando la sentencia dictada la incoación del procedimiento revisor. Tales objeciones fueron las siguientes:

A. Valoración del suelo. Ambas partes proceden a valorar el suelo ocupado utilizando criterios temporales distintos. Los interesados, el momento de la presentación de la solicitud de revisión (2009); la Administración, el momento actual. Al respecto, ha de significarse que la ocupación del suelo se produjo, según el expediente, el 13 de diciembre de 2001.

B. Adquisición del suelo privado por prescripción. De acuerdo con el art. 1957 del Código Civil, el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles prescriben por la posesión durante 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, con buena fe y justo título. Pero no cabe ignorar que esa posesión debe ser «pacífica y no interrumpida» (art. 1941 CC) sin que quepa que la posesión aproveche los actos de «mera tolerancia del dueño» (art. 1942 CC).

El relato de hechos acredita que la Administración, el 22 de diciembre de 2009 (antes del transcurso de los 10 años), expresó su voluntad de revisar de oficio el acto que formalizaba la permuta, y los interesados, el 8 de enero de 2010 (también antes de ese término), mostraron su conformidad con la revisión, aunque discrepaban del precio asignado a su parcela en función de la valoración hecha en las fechas de la permuta. La Propuesta de Resolución nada dice respecto de la eventual prescripción adquisitiva y su eventual interrupción, tampoco los interesados han alegado algo al respecto. Por todo ello, parece que la prescripción adquisitiva no es alegable. Se trataría, en su caso, de una cuestión civil, en la que este Consejo no puede entrar, pero la Administración debiera despejar en la Propuesta de Resolución cualquier duda sobre esta cuestión, sea en el sentido que fuere.

C. Certificaciones registrales y de inventario. No figuran en el expediente y hubieran debido estar en el presente procedimiento. Por tanto, en el nuevo procedimiento revisor que se incoe deberá actuarse en consecuencia a fin de que la

realidad material de los bienes tenga el adecuado asiento formal o registral (Registro de la Propiedad e Inventario de Bienes).

D. Representación. No hay en las actuaciones ningún documento que formalice alguna clase de representación y el art. 397 CC prohíbe que los comuneros puedan, sin el consentimiento de los demás, «hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos». No obstante, desde el acta de mutuo acuerdo se desprende que los interesados iniciales dejan a salvo el 1/3 que correspondería al titular real ausente (por más que esta cláusula sería *contra legem*); que hay escritos presentados por los interesados iniciales en los que manifiestan actuar en nombre de la comunidad de bienes, con mención expresa de su hermano ausente; que tal hermano fue llamado al procedimiento tras el pronunciamiento del Consejo Consultivo; que tras ese hecho ha intervenido en cuantas actuaciones se ha realizado; y que no ha habido acto de disposición o de distracción en perjuicio de tercero.

IV

Dilación del procedimiento revisor, novación normativa y efectos en el procedimiento incoado.

La secuencia de hechos y la dilación de los procedimientos seguidos (acta de cesión y ocupación del suelo, el 13 de diciembre de 2001; acuerdo de aprobación del acta, el 15 de enero de 2002; incoación de primer procedimiento revisor, el 15 de diciembre de 2009; Dictamen número 157/2010, del Consejo Consultivo, de 17 de marzo de 2010; Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, de 19 de octubre de 2015; declaración de caducidad del procedimiento revisor y de incoación de procedimiento revisor, el 28 de marzo de 2016; y entrada en el Consejo de la nueva solicitud de dictamen, el 22 de febrero de 2017), ha determinado que en el ínterin se haya producido una sucesión normativa que concierne tanto a la competencia resolutoria del procedimiento incoado como a la duración del procedimiento y eventual caducidad del mismo.

A. Competencia resolutoria. Si inicialmente se consideraba que el Pleno corporativo (mediante una interpretación sistemática de ciertos preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), que no contenía mención expresa alguna a los procedimientos de revisión de oficio pero sí a los de lesividad) era el competente para resolver los procedimientos de revisión de

oficio de los actos municipales -en este caso, de la Comisión de Gobierno-, la Ley canaria 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias, dispone en su art. 37.i) que el Pleno revisará «sus acuerdos y disposiciones generales», y el Alcalde lo hará de «sus propios actos nulos» (art. 31). Como quiera que la Disposición transitoria cuarta de la citada ley dispone que «los procedimientos en curso a la fecha de entrada en vigor de esta Ley (14 de junio de 2015) (...) deberán adaptarse conforme a las previsiones de esta Ley (...)», resulta afectada la competencia resolutoria del presente procedimiento revisor. De hecho, el Alcalde, por Decreto de 24 de junio de 2016, acordó «ratificar» el acuerdo plenario de incoación de procedimiento revisor. En coherencia con ello, la Propuesta de Resolución, con acierto, da cuenta de que la Junta de Gobierno Local -autora del acto a revisar- actuaba en este caso con competencia delegada del Alcalde, no del Pleno, por lo que es el Alcalde el órgano competente para revisar el acto cuestionado.

B. Caducidad del procedimiento incoado. El Pleno adoptó el 22 de diciembre de 2009 acuerdo de incoación de procedimiento de revisión de oficio, por lo que, de conformidad con el art. 102.5 LRJAP-PAC, caducaría a los «tres meses (...) sin dictarse resolución». No habiendo dispuesto suspensión alguna, el procedimiento estaba caducado el 22 de marzo de 2010. Tal caducidad se declaró finalmente el 28 de marzo de 2016, con incoación de nuevo procedimiento revisor (tras la Sentencia de 19 de octubre de 2015, dictada en el asunto de referencia). Esta nueva incoación tuvo lugar en todo caso antes de que entrara en vigor la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), hecho que se produjo el 2 de octubre de 2016. En consecuencia, de conformidad con la Disposición transitoria tercera a) de la citada ley, al procedimiento incoado le sería de aplicación la legalidad anterior, por lo que el nuevo procedimiento caducaría el 28 de junio de 2016.

Por Decreto del Alcalde de 24 de junio de 2016 -cuatro días antes del vencimiento del plazo-, se acordó no solo ratificar el acuerdo plenario de incoación de procedimiento revisor sino también «suspender el transcurso del plazo para resolver hasta que por la familia (...) se presente la correspondiente valoración pericial contradictoria del terreno ocupado», lo que tuvo lugar el 7 de septiembre de 2016, reanudándose entonces el plazo. El 21 de octubre de 2016, el Alcalde dictó Decreto por el que se traslada tal valoración pericial al arquitecto municipal, y se suspendió el procedimiento «hasta la recepción del informe correspondiente», lo que tuvo lugar el 12 de diciembre de 2016.

De todo lo expuesto se colige que el procedimiento ha caducado de nuevo. En efecto, para que la suspensión del procedimiento sea efectiva deberá ser comunicada a los interesados en el plazo de resolución [art. 42.5.c) LRJAP-PAC]. Ciertamente, la caducidad se produciría el 28 de junio de 2016 y el Decreto de suspensión es de 24 de junio de 2016, pero ese Decreto de suspensión fue depositado en correos para notificación de los interesados el 19 de julio de 2016, sin constancia de su recepción. Por tanto, no se ha cumplimentado el requisito al que la ley anuda la posibilidad de suspender el procedimiento, que exige notificación en plazo antes de que venza el plazo de caducidad. Además, incluso en el hipotético supuesto de que se diese por cumplido el anterior requisito (notificación), y no considerándose caducado entonces el procedimiento el 28 de junio de 2016, como quedaban sólo cuatro días de plazo para concluir el nuevo plazo de caducidad (11 de septiembre de 2016), y la pericia de los interesados se recibió el 7 de septiembre de 2016 el procedimiento habría caducado de forma inexorable ese día 11 de septiembre. *Es decir, en todo caso el procedimiento estaría caducado al haberse reanudado el plazo de caducidad, como se indicó con anterioridad.*

C. Aplicación de los límites a la revisión. Sin perjuicio de lo manifestado anteriormente, debemos valorar si en este caso procede la eventual aplicación de los límites a las facultades de revisión previsto en el art. 106 LRJAP-PAC, a lo que este Consejo hizo referencia incidental en el Dictamen anteriormente emitido. El indicado precepto señala que «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas 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».

Sin embargo, el correcto enfoque de esta específica cuestión exige traer a colación, una vez más, la ilustrativa secuencia de los principales trámites de este procedimiento. Así, el acta de cesión y la ocupación del suelo tuvo lugar el 13 de diciembre de 2001; la aprobación de ese acta fue el 15 de enero de 2002; la obra se ejecutó y entró en servicio en 2003; la incoación del primer procedimiento revisor tuvo lugar el 15 de diciembre de 2009; el dictamen del Consejo Consultivo es de 17 de marzo de 2010; el 18 de mayo de 2011 los interesados solicitan incoación de nuevo procedimiento revisor; la Comisión informativa de Infraestructura deja el asunto sobre la mesa el 20 de octubre de 2011; el 19 de octubre de 2015, se dicta sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo ordenando la incoación; el 28 de marzo de 2016, los interesados instan nueva solicitud de revisión de oficio,

revisión que entra en el Consejo el 22 de febrero de 2017, es decir, *más de 16 años después de la ocupación*.

El acuerdo de cesión estableció la condición según la cual el suelo público se entregaría «en el plazo máximo de un año desde la finalización de las obras de urbanización del citado Plan Parcial (...)», lo que tuvo lugar el 12 de julio de 2005, por lo que la Administración hubiera debido entregar el terreno permutado el 12 de julio de 2006, es decir, *hace más de 10 años*. Sin embargo, no se conocen las causas por las que no fue posible la permuta en el plazo dispuesto para ello. Al margen de las discrepancias de valoración y las deficiencias de procedimiento, lo cierto es que en el momento de hacerse efectiva la permuta el suelo público inicialmente previsto para la permuta (200 m²) no existía. Había suelo de mayor (230,75 m²) y menor superficie, lo que no hubiera debido ser un obstáculo para poder llevarla a cabo, pues si la superficie mínima era de 200 m² el compromiso se cumplía entregando la parcela de 230,75 m², mediando la debida compensación.

Expuesto lo anterior, cabría añadir que el tiempo transcurrido debiera llevarnos a una conclusión diáfana: ese tiempo es un límite al ejercicio de las facultades revisoras. No obstante, hay elementos que permiten concluir en sentido contrario.

Debe partirse de la premisa de que la revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El único modo de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. Por ello, el Ordenamiento jurídico sólo reconoce la revisión de los actos administrativos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros.

La aplicación de los límites a la revisión ha sido objeto de varios pronunciamientos del Consejo, que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que la resolución de la tensión entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica debe hacerse de forma casuística. La Sentencia, de 13 de febrero de 2012, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo,

que recoge una jurisprudencia consolidada -véanse, entre otras, las SSTS de 12 de enero de 2012 y de 8 de febrero de 2012- señala que:

«(P)arece evidente que la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del art. 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo (...) los derechos y obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y los derechos adquiridos en las relaciones entre particulares. En consecuencia, la existencia o no de estas circunstancias que prevé el artículo 106 de la Ley 30/1992, y que suponen una excepción del principio general de inexistencia de plazo para solicitar la revisión de los actos nulos de pleno derecho, ha de ser examinada caso por caso».

Por lo demás, esos límites deben interpretarse restrictivamente a fin de impedir que se conviertan en un «portillo de escape a las consecuencias de la nulidad» (STS de 23 de enero de 2009 y Dictamen del Consejo de Estado 245/2010, de 12 de mayo), lo que justamente obliga a ponderar caso por caso la aplicación de tales límites.

Sobre tal premisa, este Consejo ha considerado que el transcurso del tiempo no es límite de las facultades revisoras cuando «permanecen vigentes los derechos y obligaciones derivados de las relaciones contractuales establecidas *de facto*» (DCC 328/2015); cuando no nos encontramos ante una «situación jurídica consolidada y protegida registralmente» (DCC 406/2013); cuando el transcurso del tiempo es causado por «la dilación» de la Administración (DCC 219/2014); cuando «no hubo diligencia administrativa en la tramitación y conclusión del procedimiento»; cuando no se han «consolidado derechos»; y cuando se trata de «vicios que son *continuados*, pues de ellos se aprovecha (la Administración) día a día» (DCC 139/2015).

Todas estas consideraciones son aplicables al presente caso. El expediente acredita que la permuta acordada no pudo llevarse a cabo por la deficiente gestión administrativa tanto respecto del cumplimiento de las condiciones de la propia permuta como de los subsiguientes procedimientos revisores. En efecto, la primera revisión de oficio no pudo concluir por la deficiente gestión del procedimiento incoado; la propuesta de nuevo procedimiento revisor efectuada por los interesados no pudo prosperar porque el expediente estaba incompleto; los interesados tuvieron que acudir a la jurisdicción contenciosa por el silencio de la Administración; y desde la fecha de la sentencia (19 de octubre 2015) ha pasado más de año y medio en llegar hasta aquí.

Por otra parte, no estamos ante una situación consolidada (los interesados no han recibido la contraprestación de la permuta ni la indemnización de los daños

derivados); permanecen vigentes los derechos y obligaciones derivados de la permuta (ahora, ocupación de hecho); es manifiesta la deficiente y dilatada gestión administrativa; los interesados no han consentido los hechos y han intentado por diversos medios consolidar su derecho, situación de la que se sigue aprovechando la Administración.

Por lo que respecta a los otros límites del art. 106 LRJAP-PAC, la buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. En este caso, la buena fe, en principio, está de parte de los interesados (vid. apartado 9 de este informe) que no recibieron el bien permutado, y pese a que lo intentaron no lograron que la Administración revisara el acto de forma diligente.

Por la misma razón, la equidad, que obliga a que se consideren las circunstancias específicas y singulares del caso concreto y se ponderen los perjuicios que la declaración de nulidad comportaría al interés público y al de los particulares, se decanta a favor de los interesados, quienes no sólo perdieron la posesión de su bien patrimonial sino que tampoco han recibido su contravalor. Por tales consideraciones, puede estimarse que en este caso no concurren los límites a la revisión que dispone el art. 106 LRJAP-PAC.

V

La valoración del daño.

1. Esta cuestión es la que más contradicción ha suscitado según resulta del expediente remitido. En las actuaciones existen diversas valoraciones de los inmuebles permutables, tanto de la finca privada como de las públicas propuestas.

Finca privada (1.012,94 m²).

- Valoración de 11 de diciembre de 2001: 1.734.153 de pesetas.
- Valoración de 4 de marzo de 2009. 1/3 de la finca: 206.270,39 €, por lo que la finca estaría valorada en 618.261,34 €.
- Valoración de 2 de junio de 2016: 122.120,05 + 5% de afección (128.226,05 €).
- Valoración 5 de septiembre de 2016 (pericial de parte): 624.197,40 €.
- Valoración de 28 de noviembre de 2016: 156.695,82 €.

Fincas públicas.

La inicial finca de 200 m² carece de valoración, ya que no existía en el momento de la formalización de la permuta.

- Valoración de 12 de diciembre de 2007: finca de 263, 44 m² (152.054,93 €) y finca de 150,00 m² (83.295,00 €).

- Valoración de 23 de abril de 2009: finca de 150,00 m² (101.530,00 €).

La Propuesta de Resolución parte del informe de valoración de 2 de junio de 2016 (valor del suelo privado: 122.120,05 €), cifra a la que se debe sumar el 25% en concepto de vía de hecho, lo que da un importe de 152.650,06 €, más los intereses legales desde la fecha de ocupación (13 de diciembre de 2001).

Por su parte, los interesados parten de la pericial aportada al expediente el 5 de septiembre de 2016, que valora el suelo en 624.197,40 €, cifra a la que se añadiría un 5% de afección y un 25% por vía de hecho, lo que da un importe de 819.259,08 €, más intereses legales.

Tal diferencia se explica porque ambas partes sostienen serias discrepancias tanto de metodología como de conceptos indemnizatorios.

2. La adecuada resolución de esta cuestión requiere despejar algunas incógnitas previas.

A. La superficie del suelo privado que se cedía al Ayuntamiento era de 1.012,94 m² de una matriz de 1.369,14 m². Pero hay escritos de los interesados que mencionan la superficie de la matriz como la ocupada. A mayor abundamiento, del expediente se desprende, como hizo constar este Consejo en el dictamen anteriormente emitido, que «el informe del arquitecto municipal, de 30 de septiembre de 2009, menciona que se cedieron al Ayuntamiento 675,29 m², sin especificar más». Luego, como ya se han ejecutado las obras sobre el suelo ocupado, *lo primero que deberá hacerse es el levantamiento topográfico del suelo realmente ocupado por la Administración, que servirá de base fáctica de las inscripciones registrales y de inventario que hay que efectuar tras la resolución del presente expediente revisor*. Esa superficie es la que deberá ser objeto de valoración. De la matriz quedarían 336,20 m². Si no pudieran ser objeto de aprovechamiento urbanístico, debería valorarse su expropiación. En definitiva, debe acreditarse el suelo efectivamente ocupado y, si fuera el caso, el que haya dejado de tener aprovechamiento urbanístico.

B. El procedimiento incoado, a resultas de la sentencia dictada, tiene por objeto una revisión de oficio y la indemnización asociada a la declaración de nulidad, como resulta tanto del procedimiento incoado como de los escritos de los propios interesados, que hacen referencia al art. 102.4 LRJAP-PAC y a la actualización del valor del suelo, lo que conduce al art. 141.3 LRJAP-PAC. Es decir, no estamos ante un procedimiento expropiatorio, porque ni lo ordenó el juez ni lo solicitaron los interesados, ni lo ha incoado la Administración. Como precisa la STS de 19 de abril de 2007:

«(L)a jurisprudencia de esta Sala no asimila la ocupación por la vía de hecho a un expediente expropiatorio formalmente tramitado (...), como tampoco identifica las acciones de responsabilidad patrimonial con las que derivan de supuestos contemplados en la expropiación forzosa, aunque tengan una similitud básica derivada de su finalidad resarcitoria».

Por ello, no procede aplicar a este caso la legislación de expropiación forzosa como si nos encontráramos ante un expediente expropiatorio. Que el art. 141.2 LRJAP-PAC señale que «la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa (...)» sólo significa que se deberá atender a tales criterios valorativos -lo que no impide aplicar otros-, pero sin perder de vista que estamos ante un procedimiento de responsabilidad (indemnización) derivado de una revisión de oficio y no ante uno expropiatorio (justiprecio).

Es por tal razón por lo que es cuestionable que se apliquen los parámetros de la legislación estatal de suelo vigentes en 2016, pues de forma implícita se está valorando la indemnización como un justiprecio expropiatorio, que, conforme a aquella legislación, se determinará en el momento en que ese justiprecio se fije.

Por la misma razón, si no estamos ante una expropiación, tampoco habría que aplicar el 5% de afección, sin perjuicio de que se puedan indemnizar otros criterios, incluido el eventual daño moral causado, si éste resulta probado.

De hecho, si se considerara que habría que aplicar la legislación de expropiación forzosa como si fuera un expediente expropiatorio, se reconocería ciertamente el 5% de afección, pero entonces no podría reconocerse el 25% en concepto de vía de hecho, pues se está valorando la expropiación en momento presente. Justamente, si hay vía de hecho y ésta se indemniza con el 25% del valor del suelo es porque no ha habido expediente expropiatorio, sin contar con que ese 25% subsume holgadamente el 5% por afección expropiatoria.

En suma, estamos ante una «pretensión accesoria y subordinada a la de la anulación del acto, teniendo en cuenta que, en ocasiones, la indemnización de los daños y perjuicios puede suponer la única medida posible para lograr el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada por el acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico» (STS de 19 de abril de 2007).

C. Así pues, partiendo del sustrato normativo y procedimental seguido (revisión de oficio) y la propia pretensión inicial de los interesados, la indemnización procedente deberá calcularse de conformidad con lo dispuesto en materia del régimen general de responsabilidad patrimonial, por lo que, partiendo de los criterios de valoración del suelo a efectos expropiatorios «la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo (...)» (art. 141.3 LRJAP-PAC). Tal ubicación temporal sería en el momento en que se produjo la ocupación del suelo, que, según resulta del expediente, tuvo lugar el 13 de diciembre de 2001.

Según el mismo precepto legal, sin perjuicio de ello procederá «su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento con arreglo al índice de precios al consumo (...) y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria».

Como indica la STS citada, de 19 de abril de 2007, frente a una vía de hecho se puede reaccionar «solicitando la aplicación de la normativa expropiatoria (...), pero es sólo una posibilidad ya que (...) cabe la reivindicación mediante una solicitud de recuperación o de restitución *in natura* de los bienes o derechos objeto de la indebida ocupación o desposesión en que se materializa la vía de hecho (que no es posible en este caso) y una indemnización sustitutoria que tenga en cuenta el precio justo de dichos bienes o derechos buscando, además, la plena indemnidad frente a los daños y perjuicios derivados de la ilegal ocupación».

Desde el momento en que la Administración incumplió con su obligación los interesados podían haber pedido la restitución posesoria del bien ocupado ante la jurisdicción civil, pero no lo hicieron. Los interesados plantearon inicialmente la posibilidad de un nuevo «convenio» (nueva permuta) con nueva valoración del suelo; luego, dieron su conformidad a la revisión de oficio planteada por la Administración, aunque con propuesta de nueva valoración de daños y perjuicios; y, más tarde, por la inacción de la Administración, tuvo que ser la jurisdicción contenciosa la que obligara

a la Administración a incoar el procedimiento revisor. Por lo tanto, la valoración del daño debe calcularse por referencia al momento en que el daño se produjo (ocupación del suelo).

D. Por lo que corresponde a la valoración de los daños y perjuicios derivados de la revisión de oficio que procede, debemos considerar dos premisas previas:

La primera, que la finalidad del procedimiento indemnizatorio es la reparación integral del daño causado de forma que los interesados vuelvan a la misma situación patrimonial que tenían antes del acaecimiento del hecho lesivo, sin que haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes.

La segunda, que para la determinación de la valoración de esos daños no hay criterios cerrados, aunque sí preferentes, y los aplicables pueden ser matizables en función de las acciones y omisiones de ambas partes, pues las circunstancias del caso pueden permitir la ponderación de factores con los que llegar a una respuesta valorativa justa y equitativa.

En consecuencia, la valoración del daño debe hacerse de conformidad con los siguientes parámetros:

Primero. Como ya se ha razonado, a resultas del procedimiento incoado y las pretensiones ejercidas, procedería valorar el suelo ocupado con arreglo a la calificación urbanística del mismo y los criterios de valoración de ese suelo a efectos de expropiación forzosa vigentes y válidos en el momento de la ocupación del suelo (13 de diciembre de 2001).

Ahora bien, hay jurisprudencia que considera que en determinados casos -en esos casos- la adecuada compensación del daño causado pasa porque la valoración del daño se haga conforme a los *criterios vigentes en el momento de la fijación y no en el momento de la producción del daño*, más los intereses desde la fecha de reclamación (STS de 16 de diciembre de 1997). No obstante, se trata de soluciones casuísticas adoptadas por el Tribunal en casos concretos al amparo de su potestad jurisdiccional. Pero este Consejo no posee jurisdicción sino que se halla sometido estrictamente a la legalidad aplicable. Por ello, si existe norma al respecto -que la hay- se debe aplicar con carácter preferente (art. 141.3 LRJAP-PAC), por lo que la valoración se debe hacer por referencia al momento en que el daño se produjo.

Debe recordarse al respecto que en el expediente obra informe de valoración de la Oficina Técnica del Ayuntamiento, de 11 de diciembre de 2001 -el día anterior a la suscripción del acta de cesión- según el cual el valor del suelo afectado (1.012,94 m²)

era de 1.734.153 pesetas, precio que, por cierto, se hace constar en la propia acta suscrita por los interesados. Por lo tanto, a tenor de lo expuesto el suelo ocupado debe valorarse de conformidad con los criterios de la legislación del suelo, a efectos expropiatorios, vigentes en el tiempo de la ocupación.

Segundo. Por igual razón normativa, la cifra resultante de la valoración del suelo debe ser incrementada por el IPC acumulado desde la ocupación hasta el momento en que se resuelva el presente procedimiento. Es la regla general válida y vigente cuando se trata de valorar daños y perjuicios derivados del funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública, en este caso conexas con un procedimiento de revisión de oficio y no con ningún otro de naturaleza distinta (art. 141.3 LRJAP-PAC).

En materia de indemnización de daños y perjuicios, la compensación debida se puede lograr de diversas formas, bien mediante intereses de demora, bien mediante actualización de otra forma, como el IPC. En el *contrato* formalizado no se contiene cláusula alguna para el caso de incumplimiento ni se hace referencia por ello a los eventuales intereses que se devenguen. En el contexto del sistema de responsabilidad patrimonial, el mecanismo normativo de compensación es el del IPC y no el de los intereses de demora desde el momento del daño. En el citado sistema, los intereses legales sólo se contemplan a partir del momento en que se resuelva el procedimiento y no se abone la cantidad debida en los términos dispuestos por la legalidad presupuestaria (art. 141.3 LRJAP-PAC).

Los interesados, y la propia Propuesta de Resolución, han optado por actualizar la valoración del suelo por aplicación de los intereses de demora. Ha de señalarse al respecto que en esta materia la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es uniforme, sobre todo porque, como se dijo, cada caso impone una solución diferencial en razón de sus circunstancias. Lo relevante es que:

«(L)a indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir a (*sic*) reparación integral de los mismos, lo que no se logrará si el retraso (...) no se compensa bien con la aplicación de un coeficiente actualizador o bien con el pago de intereses de demora, pues ambos sistemas propenden a la consecución de una reparación justa» (STS de 20 de octubre de 1997).

En el caso resuelto por la STS de 16 de diciembre de 1997, la compensación debida se consiguió con el pago del principal, actualizado con el IPC más los intereses legales desde el fallo. En suma, se trata de una posibilidad y no de una exigibilidad. Como señala la STS de 9 de febrero de 2002:

«(L)a plena indemnidad (...) puede llevarse a cabo por diversos medios, entre ellos (...) el abono de los intereses legales (...) desde que se formuló la reclamación».

No cabe, pues, formular una solución general toda vez que es el caso el que impone la correcta. El presente supuesto posee sus propias circunstancias, como las han tenido los casos resueltos por las diferentes sentencias. Lo relevante es que cualquiera de los dos sistemas (IPC/intereses legales) es válido para lograr la debida compensación del daño causado.

Será la Administración la que, a la vista de las circunstancias del caso -entre ellas, la buena fe de las partes- opte por uno u otro sistema. En este caso, siguiendo lo pedido, ha optado por los intereses de demora, pero el sistema que procedería, que es el legal para estos casos, sería el de actualización por IPC.

Tercero. Incurre la Administración en vía de hecho tanto si su actuación no está «respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación que se produce», como cuando «no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo (...) » (STS de 19 de abril de 2007). El efecto inmediato de la vía de hecho es que la Administración «pierde las prerrogativas administrativas» y, por ello, ésta se coloca «en pie de igualdad con los particulares», lo que permite a éstos «utilizar los medios de reacción del Derecho Civil (...) sin perjuicio (...) de los demás medios legales procedentes» (véanse las sentencias citadas).

Como se ha dicho, los interesados no han actuado ejerciendo acciones de recuperación posesoria, ni han solicitado la expropiación formal del suelo ocupado. Simplemente, dieron su conformidad inicial a la revisión de oficio del acto nulo; luego, la solicitaron; y, finalmente, lo interesaron ante un juez, con petición de indemnización.

La vía de hecho en la que incurrió la Administración fue consecuencia de haberse suscrito un contrato de permuta, primero incumplido y luego radicalmente nulo, sin que en el tiempo transcurrido hubiera habido gestión administrativa alguna en orden a regularizar la situación y con respeto de los derechos e intereses legítimos de los interesados. Es por ello por lo que, de conformidad con la unánime jurisprudencia en este tema, la anterior cifra se debe incrementar en un 25% en concepto de «vía de hecho».

En efecto, la jurisprudencia es unánime en su respuesta cuando la «ocupación ilegal no es susceptible de vuelta atrás», eventualidad en la que se da una «agresión (...) que hace tabla rasa de las garantías que acompañan al derecho de propiedad»

(STS de 10 de noviembre de 2011). Y ello es así porque, como indica la STS de 8 de junio de 2002:

«(N)o cabe equiparar las actuaciones ilegales a las legales, de modo que la cantidad (principal) se debe aumentar (...) en un 25%».

C O N C L U S I O N E S

1. La Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo de la Comisión de Gobierno, de 15 de enero de 2002, por el que se aprobó el «acta de mutuo acuerdo» firmada por (...) y (...) y el Alcalde, por la que se permutaban ciertos terrenos, no es conforme a Derecho al haber caducado el procedimiento revisor, sin perjuicio de la posibilidad de incoar nuevo procedimiento de revisión de oficio sobre el mismo objeto.

2. En el nuevo procedimiento de revisión de oficio que decida incoarse deben aclararse y realizarse las actuaciones pertinentes en relación con las cuestiones que se exponen en los Fundamentos III y V de este Dictamen.