



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 399/2017

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de octubre 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 del Ayuntamiento, 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. 366/2017 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 21 de septiembre de 2017, con salida en la misma fecha y entrada en esta institución el 22 del mismo mes, el Alcalde del Ayuntamiento de la Villa de Ingenio, Gran Canaria, solicita por el procedimiento ordinario, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.b), 12.3, y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), dictamen preceptivo de este Consejo sobre la Propuesta de Resolución que culmina el 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, para la permuta de ciertos terrenos entre ellos y el Ayuntamiento, al considerarse que está incurrido en la causa de nulidad de pleno derecho recogida en el 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), pues se estima que fue adoptado «prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido».

La Propuesta de Resolución, asimismo, se pronuncia sobre el daño, una vez se declare la citada nulidad, imputable a la Administración actuante en los términos que

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

resultan de la legislación de responsabilidad patrimonial, y que se valora en 390.088,58 euros.

2. Este asunto ya ha sido sometido dos veces a la consideración de este Consejo. En un primer dictamen (DCC 157/2010), el Consejo no entró a conocer el fondo de asunto pues consideró que procedía la realización de instrucción complementaria relativa a: la no acreditada intervención de todos los codueños de la cosa común y la falta de acreditación de representación del codueño ausente en el negocio jurídico de permuta; la valoración del suelo objeto de la permuta; y la caducidad del procedimiento incoado. Posteriormente, tras la nueva solicitud de dictamen, el Consejo (DCC 103/2017) tampoco entró en el fondo del asunto al considerar que había caducado el procedimiento revisor, sin perjuicio de la posibilidad de incoar nuevo procedimiento de revisión de oficio sobre el mismo objeto en el que, en todo caso, debían «aclararse y realizarse las actuaciones pertinentes en relación con las cuestiones que se exponen en los Fundamentos III y V de este Dictamen». A saber: La preterición de propietario común pro indiviso de la finca a permutar; la superficie e identidad de la finca pública a permutar; la valoración del suelo; la eventual adquisición del suelo privado por prescripción; la inexistencia de certificaciones registrales y de inventario; la ausencia de representación; el cambio legal de la competencia resolutoria; la caducidad del procedimiento incoado; la no aplicación de los límites a la revisión; y la valoración del daño.

Para evitar innecesarias reiteraciones, tanto de hechos como de fundamentación jurídica, nos remitimos a los citados dictámenes, de los que en este se hará sucinta referencia cuando sea necesario.

Tras la nueva instrucción, constan en el expediente las siguientes actuaciones:

Por Decreto del Alcalde de 15 de mayo de 2017, se declaró la caducidad del expediente de revisión incoado el 28 de marzo de 2016, y se acordó la incoación de nuevo procedimiento revisor, con trámite de alegaciones a los interesados, lo que se les notificó el 22 de mayo de 2017 en la persona de (...). quien, no obstante, no ha acreditado representación de los demás codueños.

El 29 de mayo de 2017 se emite informe técnico municipal de definición y fijación de «los linderos de la finca matriz», resultando que la superficie afectada era de «1.013,66 m²».

Con fecha 6 de junio de 2017, los interesados presentan escrito en el que, además de poner nuevamente de manifiesto la defectuosa instrucción por la

Administración, manifiestan la improcedencia de la declaración de caducidad y fijan la indemnización correspondiente, tras 15 años de desposesión, conforme su valor actualizado a la fecha del inicio del expediente de revisión (618.261,34 €), más el 5% por premio de afección, una compensación del 25% por vía de hecho y los intereses legales.

El 15 de junio de 2017 se emite informe municipal que valora la indemnización en 133.151,55 €, incluido un 25% por vía de hecho.

El 6 de julio de 2017, los interesados presentan nuevo escrito acompañando informe pericial en el que se valora el suelo en 655.735,61 €, que incluye un 25% por vía de hecho y un 5% de afección.

El 4 de septiembre de 2017 se informa de contrario las alegaciones de los interesados, con arreglo al dictamen emitido por este Consejo Consultivo, formulándose el 11 de septiembre de 2017 inicial Propuesta de Resolución, que evalúa los daños causados en 390.088,22 €, incluido un 25% en concepto de vía de hecho. Esta Propuesta fue notificada a los interesados en 11 de septiembre de 2017, motivando la presentación el 15 de septiembre de nuevo escrito en el que manifiestan que la valoración del daño debe referirse «a la fecha en que debió resolver (se) la revisión de oficio solicitada» o, también se dice más adelante, «a la fecha en que se inició el expediente de revisión» (8 de enero de 2010). También reiteran la petición de un 5% por premio de afección más el 25% por vía de hecho, lo que da la cifra de 655.735,61 €, más los intereses legales.

Finalmente, el 19 de septiembre se dicta Decreto del Alcalde por el que se ordena la solicitud de dictamen del Consejo Consultivo, con suspensión del plazo de emisión hasta la emisión del dictamen, con notificación a los interesados lo que tuvo lugar el 20 de septiembre de 2017.

II

1. En lo que no hay duda ni discrepancia entre las partes es que el acuerdo cuya revisión se pretende es nulo de pleno derecho. Desde el informe jurídico emitido sobre el inicio del procedimiento revisor se señala que la permuta a la que se refiere el Acuerdo de la Comisión de Gobierno Local, siendo éste el acto administrativo a declarar nulo, se ha producido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto «ya que no consta ningún documento al efecto, salvo la valoración del bien privado objeto de permuta». Es decir, el expediente no

contenía información alguna relativa a aspectos esenciales del negocio jurídico de la permuta de bienes municipales; a saber:

«1ª).- La viabilidad de la realización de la permuta, ya que no se sabe el valor de la diferencia de bienes y si por tanto era o no imposible la realización de la misma.

2ª).- El valor de bienes de propiedad municipal que son objeto de permuta con el bien de la familia.

3ª).- Si la diferencia de valor de los bienes permutados no supera el 40 % del que lo tenga mayor ni tan siquiera si el valor del bien municipal excede o no del 25 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto, a los efectos de pedir previa autorización a la Comunidad Autónoma, o simplemente dar cuenta a la misma».

Además, tampoco se cumplimentaban las exigencias de procedimiento que la legislación dispone al respecto. En efecto, las enajenaciones de los bienes inmuebles por parte de las Corporaciones Locales se regirán, en cuanto su preparación y adjudicación, por la normativa reguladora de la Contratación de las Corporaciones Locales (art. 12.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Decreto 1372/1986, de 13 de junio, RBEL).

No puede perderse de vista que el contrato de permuta, al ser uno de los denominados contratos privados de la Administración, se regirá en su «preparación y adjudicación» por «las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones Públicas», como actos que tienen la condición de «separables» a los efectos de su naturaleza administrativa, mientras que sus efectos y extinción se regirán por las normas de Derecho privado [art. 5.3 TRLCAP y arts. 79 y 80 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRDLVRL), aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril].

Así pues, la permuta de bienes municipales está sujeta a las siguientes reglas.

- Necesidad de efectuarla.
- Valoración técnica de los bienes que acredite de modo fehaciente su justiprecio (art. 118 RBEL).
- Depuración de la situación física y jurídica del bien afectado, practicándose su deslinde si fuese necesario.
- Que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40% del que lo tenga mayor (art. 112.1 RBEL).

- Si el valor de los bienes excede del 10% de los recursos ordinarios del presupuesto, deberá ser acordada con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las Corporación (art. 114 RBEL).

- La permuta acordada habrá de comunicarse al órgano competente de la Comunidad Autónoma y, si su valor excediera del 25% de los recursos ordinarios del presupuesto anual de la Corporación requerirá, además, la autorización de aquél (art. 79.1 TRRL).

De todos esos trámites consta la causa de la permuta, en cuanto se aduce que era necesaria para proceder a la apertura y ejecución de una calle, estando esta obra dentro del Plan de Actuaciones Municipales 2000-2003.

Pero hay una relevante discrepancia sobre el carácter y valoración de la finca a permutar; no se verifica el previo deslinde o determinación de la situación física y jurídica de la propiedad privada afectada, ni consta en todo caso ninguno de los certificados a que se ha hecho referencia, en especial, la valoración inicial del bien municipal a permutar. Y tampoco la comunicación previa a la Comunidad Autónoma sobre la permuta o, en su caso, la solicitud de autorización previa.

Es por todo ello por lo que, sin duda alguna, puede considerarse que la permuta suscrita lo fue habiéndose prescindido del procedimiento legalmente establecido. De hecho, no ha habido procedimiento alguno.

2. No es necesario reiterar los antecedentes de este ya largo caso. Nos remitimos a los dictámenes emitidos y a los nuevos antecedentes ya señalados con anterioridad. Como se ha indicado, en tales dictámenes se hicieron algunas observaciones de índole formal y material, algunas de las cuales han tenido satisfacción con ocasión de la nueva instrucción complementaria, y a otras se da respuesta en la Propuesta de Resolución formulada. Sin necesidad de ser por ello más prolijo, la Administración ha fijado el momento del daño y la valoración del mismo -en lo que discrepan los interesados-; ha despejado la duda respecto de la eventual prescripción adquisitiva del suelo; se ha aportado certificación del Inventario municipal, aunque el suelo al parecer aun no ha sido objeto de inscripción registral; se han resuelto las iniciales deficiencias de la representación no otorgada por el cotitular ausente, siendo así que ahora en la nueva instrucción los tres han sido notificados de cuantos actos relevantes se han instruido; no se hace mención por ninguna de las partes al eventual concurso de los límites a la revisión, que no existían en la opinión de este Consejo; y sea fijada la superficie exacta del suelo.

Especial mención merece el reproche de los interesados según los cuales el procedimiento revisor fue incoado a instancia de parte y no de oficio, por lo que el procedimiento estaría nuevamente caducado.

Al ser incoado a instancia de parte, no procedía que el 28 de marzo de 2016 se acordara la caducidad del procedimiento incoado y la incoación de uno nuevo -a instancia de parte-; ni que, ahora, por Decreto de 15 de mayo de 2017, se acordara la caducidad del procedimiento entonces abierto y se incoara nuevo procedimiento. En efecto, el procedimiento fue incoado a instancia de parte. El silencio llevó a que por sentencia se ordenara el inicio y resolución de «un nuevo procedimiento», no que terminara el incoado a instancia de parte y que se hallaba paralizado. La Administración entendió que procedía nueva incoación de oficio, pues el que estaba abierto a instancia de parte se dejó sobre la mesa dado que el expediente estaba «incompleto» como se desprende de los dictámenes de este Consejo sobre este mismo asunto. Pero no puede ignorarse que la nueva incoación lo fue a resultas de una sentencia que resolvía una petición de los interesados de incoación de procedimiento revisor, que no fue atendida. En consecuencia, el procedimiento fue incoado a instancia de parte y por ello no se encuentra sometido a plazo de caducidad.

En todo caso, la Administración al considerar el procedimiento como nuevo e incoarlo de oficio aplicó el plazo de 6 meses (art. 106.5 de la Ley 39/2015), habiendo acordado la suspensión del procedimiento hasta la recepción del dictamen del Consejo, lo que fue notificado a los interesados el 11 de septiembre de 2017, antes pues del vencimiento de dicho plazo.

III

La discrepancia mayor es la que concierne al momento del daño y a su valoración.

A) El momento del daño. En este punto, se ha de recordar que estamos ante un procedimiento de revisión de oficio y la indemnización asociada a la declaración de nulidad 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.

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 el Consejo consideró cuestionable la aplicación de los parámetros de la legislación estatal de suelo vigentes en 2016 (finalización del procedimiento revisor), pues de forma implícita se está valorando la indemnización como un justiprecio expropiatorio.

En suma, estamos ante una «pretensión accesoria y subordinada a la de la anulación del acto». La consecuencia lógica de ello es que la indemnización procedente deberá calcularse de conformidad con lo dispuesto en materia del régimen general de responsabilidad patrimonial, que remite a los criterios de valoración del suelo a efectos expropiatorios por referencia «al día en que la lesión efectivamente se produjo (...)» (art. 141.3 LRJAP-PAC), que no es otro que el de la ocupación del suelo -con el matiz que luego de dirá-, ocupación que tuvo lugar el 13 de diciembre de 2001.

B) La valoración. Por lo que corresponde a la valoración de los daños y perjuicios derivados de la revisión de oficio, que procede, debemos recordar que la finalidad de la institución de la responsabilidad patrimonial es la de 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.

Para la determinación de la valoración de esos daños no hay criterios cerrados, aunque sí preferentes (los de expropiación forzosa); pero no se pueden obviar otros aspectos como la buena fe de las partes o la mayor o menor diligencia desplegada en el cumplimiento de los respectivos derechos y deberes.

En el expediente existen numerosas valoraciones periciales de la Administración y de los propios interesados con resultados notablemente diferenciales en uno y otro caso que pueden ser tenidos en cuenta, pero de forma matizada. Al margen de que son informes y no actos declarativos de derecho, las diferencias son debidas a la

aplicación de criterios temporales, técnicos y urbanísticos diferentes. Los interesados fueron progresivamente perfilando la valoración del daño siempre al alza, de modo que del 1.734.153 de pesetas de 11 de enero de 2001 se ha pasado a los actuales 655.735,61 euros, más los intereses legales. La Administración también ha sido fluctuante, básicamente porque, al margen de ciertas diferencias sobre el eventual aprovechamiento del suelo, aplicó criterios de valoración expropiatoria de la fecha en que se estaba tramitando el procedimiento revisor, como si fuera un procedimiento expropiatorio.

Por las razones explicitadas, en principio la valoración debe efectuarse de conformidad con los criterios de valoración expropiatoria y, en su caso, catastrales, existentes en el momento de la ocupación del suelo, cuyo aprovechamiento será valorado en razón del uso que tenía en el momento de la ocupación. Lo relevante, en todo caso, es que sean cuales fueren los criterios aplicables, no debe haber una diferencia valorativa insalvable, que en todo caso debe partir de hechos ciertos, calificaciones jurídicas indiscutibles y criterios técnicos temporales existentes en el momento de la ocupación. Sin necesidad de ser más prolijo al respecto, deberá estarse al «aprovechamiento urbanístico del suelo» y a este efecto se deberá tener en cuenta «la edificabilidad aplicable a los solares del entorno más representativo» (STS de 18 de enero de 2000), así como otras «circunstancias derivadas del planeamiento urbanístico» sobre la base de la «libertad estimativa» (STS de 18 de abril de 1995).

Los interesados no comparten tal posición.

En apoyo de sus pretensiones, los interesados aportan cita de numerosas sentencias que, sin embargo, tienen un elemento común. Parten de un previo procedimiento expropiatorio que por una u otra razón fue declarado nulo. En consecuencia, en tales casos la valoración del daño causado se calcula con respecto al momento en que se causa el daño (la nulidad del expediente expropiatorio) con los efectos lógicos que se anudan a tal procedimiento: 5% afección, 25% vía de hecho y los intereses legales. Pero, como se ha dicho, estamos ante un procedimiento de distinta naturaleza.

Al daño valorado del modo indicado, y por las mismas razones que fundan su aplicación, 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, forma de compensación alternativa y válida como la del abono de intereses. Pero no puede obviarse que la legislación en materia de responsabilidad

patrimonial solo habla de IPC y de los intereses que proceda conforme la legalidad presupuestaria, que no es el caso, según se detalla en el DCC 103/2017.

Siendo ésa la regla general, el caso presenta ciertos perfiles que deben ser considerados por razones de elemental equidad. Como señalara este Consejo en su DCC 103/2017, 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). En estos casos, la jurisprudencia es unánime en considerar que la valoración del daño causado por la usurpación debe ser en un 25% en concepto de «vía de hecho», pues, 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%».

En atención a lo expuesto, y tras un detenido examen de la Propuesta de Resolución (muy en particular de su Consideración Jurídica Décima), ha de concluirse que se ajusta a Derecho, con los efectos -jurídicos y económicos- que se derivan de la misma.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente 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, de acuerdo con la argumentación que se expone en el Fundamento III.