

1. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

ES NULO EL ACUERDO DE DESAFECTACION DE UNA PORCION DE VIA PUBLICA MUNICIPAL SI NO SE HA TRAMITADO EL OPORTUNO EXPEDIENTE DE MODIFICACION DEL ORDENAMIENTO URBANISTICO

340.142:71

por

Nemesio Rodríguez Moro

Los bienes pertenecientes a las Corporaciones locales pueden ser de *dominio público*, que a su vez pueden desdoblarse en bienes de uso y de servicio público, y de *dominio privado* o patrimoniales. Los de dominio público se hallan fuera del tráfico jurídico y son, por precepto legal, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Bien que tal situación puede modificarse, ya que, siendo el fundamento y la razón de ser de tal declaración legal el proteger el uso público o la prestación del servicio público a que estén afectos, puede en un determinado momento no ser ya necesaria la adscripción de aquel bien a tal uso o servicio público, y entonces debe establecerse un procedimiento para que el cambio de naturaleza jurídica del bien pueda llevarse a cabo con las mayores garantías. Y por eso nuestra Ley de Régimen local reconoce que la inalienabilidad de los bienes de dominio público se mantendrá «mientras conserven este carácter». Y el artículo 8.º del Reglamento de Bienes de las Entidades locales establece el procedimiento solemne conforme al cual cabe llevar a cabo el cambio de naturaleza jurídica, diciendo que será preciso expediente en el que se demuestre la conveniencia del cambio, se

exponga al público durante un mes y se adopte por el Ayuntamiento el acuerdo procedente con el *quorum* especial a que se refiere el artículo 303 de la Ley de Régimen local vigente, admitiendo luego que tal expediente no es preciso en los casos en que el cambio de calificación jurídica se derive de actos administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades que las señaladas para aquel expediente, y, «en especial, cuando se trate de planes o proyectos de ordenación urbana, obras o servicios en los que hubiere recaído aprobación del Ministerio de la Gobernación o de las Comisiones de Servicios Técnicos».

La cuestión que se plantea es la de si cabe el cambio de calificación jurídica de un bien de dominio público, por ejemplo, una porción de vía municipal, desafectándola del uso público, y convirtiendo aquella porción de terreno en un bien patrimonial mediante aquel expediente a que se refiere el artículo 8.º del Reglamento, o si, por el contrario, es preciso proceder a tramitar un expediente de modificación del Plan de Ordenación Urbana, modificación que se produce por el cambio de calificación jurídica al perder aquella porción de vía su condición de bien de dominio público para convertirse en un bien patrimonial.

El Tribunal Supremo resuelve esta cuestión en la sentencia de 14 de diciembre de 1974 (Aranzadi 5.137) en el sentido de que para tal cambio era necesario expediente de modificación del ordenamiento urbanístico, siendo nulo y sin valor el acto municipal que alteró la calificación jurídica, sometiéndose exclusivamente al trámite o procedimiento establecido en el artículo 8.º del Reglamento de Bienes.

Los considerandos, tanto de la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* como los del Tribunal Supremo, dicen así:

Considerandos de la sentencia apelada:

CONSIDERANDO: Que la única cuestión a resolver en estos autos es la relativa a la conformidad o disconformidad jurídica de los acuerdos corporativos del Ayuntamiento de Náquera, Provincia de Valencia, de 9 de junio y 30 de julio de 1970, por los que, respectivamente, se deniega a don Ricardo E. A. licencia para levantar un edificio compuesto de planta baja y tres viviendas (una por planta o piso), en un solar propio señalado con el núm. 10 de la calle de Gonzalo Julián, de la mencionada localidad, y se desestima el recurso de reposición interpuesto por el hoy demandante contra el primero de los citados acuerdos, en

base a la nulidad absoluta y radical del expediente administrativo, a virtud del cual la citada Corporación municipal desafectó del uso y servicio público (son palabras textuales del acuerdo), una zona de 131 metros y 42 decímetros cuadrados de la vía pública que constituía, en la mencionada calle, la rinconada de Gonzalo Julián, ya que es el acuerdo corporativo de 9 de abril de 1970, que puso fin al mencionado expediente mutador del carácter público de la superficie meritada, el que sirve de fundamento a la denegación actuada.

CONSIDERANDO: Que el problema básico planteado en la precedente alegación resolutoria queda concretado en la determinación de la posibilidad legal de, si mediante un expediente de desafección, tramitado conforme al procedimiento establecido en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 8.º del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, puede modificarse el orden urbano de una población, aunque éste sea meramente fáctico, prescindiendo así de los trámites, aprobaciones y garantías que establece la Ley de Régimen del Suelo.

CONSIDERANDO: Que la Ley últimamente citada, regularizadora del planeamiento urbanístico en nuestro país, establece obligatoriamente para todas las corporaciones, entidades y personas físicas y jurídicas por ella afectadas de una u otra manera, unos medios y modos de actuación respecto del citado planeamiento que, en modo alguno, pueden ser pasivamente ignorados o activamente desconocidos; es decir, la Ley referenciada, siguiendo ya una trayectoria legislativa que tiene su más inmediato antecedente en la Ley de Régimen local, establece que el ordenamiento urbanístico de una población, aunque éste sea meramente *de facto*, cual acontece con el de la localidad de Náquera, sólo puede quedar modificado por otro plan general, parcial o especial, que establezca un nuevo ordenamiento que sustituya al anterior, si éste existiere, o lo instaure *ex novo*, si aquél era simplemente la ordenación fáctica ya relatada, pues lo que no puede en modo alguno admitirse, por ser contrario a los principios básicos de la Ley, es que, mediante un expediente que tiene como destino teleológico la fijación administrativa del carácter de los bienes corporativos, puede alterarse un ordenamiento urbanístico que se halla protegido por garantías distintas y, generalmente, aun sin contar con algunos casos específicos, cual el de las denominadas zonas verdes, más exigentes que las que amparan el expediente de desafección que regulan los dos párrafos primeros del ya mencionado artículo 8.º del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales.

CONSIDERANDO: Que la articulación entre los dos tipos de expedientes —el de desafección y los planes ordenadores—, viene dada por el párrafo 3.º del artículo reglamentario últimamente citado, que establece que no será necesario expediente de calificación jurídica de los terrenos, cuando la alteración derivare, expresa o tácitamente, de actos

administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades que las señaladas en los dos párrafos precedentes y, en especial, de los planes o proyectos de ordenación urbana en los que hubiera recaído aprobación del Ministerio de la Gobernación (actualmente la competencia corresponde al Ministerio de la Vivienda) o de la Comisión de Urbanismo; es decir, que mientras un plan de ordenación urbana produce la desafección automática de aquellas zonas que dejan de ser terrenos de uso o servicio público —principalmente lo primero—, quedando reducido el expediente de desafección, que sólo voluntariamente puede tramitarse para dejar mayor claridad en las calificaciones, existe una falta total de reciprocidad entre los expedientes, pues nunca un expediente de desafección puede sustituir a un plan ordenador urbanístico, por reducido y particular que éste sea, ya que el expediente de desafección carece de las garantías, solemnidades y aprobaciones que precisa o de las que se halla adornado el plan ordenador urbanístico.

CONSIDERANDO: Que establecida la relación existente entre los dos expedientes examinados abstractamente, conviene ahora determinar las circunstancias fácticas del caso a fin de poder concretar la adecuación o inadecuación jurídica de lo actuado y, por consecuencia, la validez o nulidad absoluta de ello; pues bien, de un examen detenido y circunstanciado del expediente tramitado y, primordialmente, de la prueba en autos realizada, resulta patente que la mencionada rinconada de Gonzalo Julián, de la localidad de Náquera, constituye una zona de vía pública como obviamente se deriva de la propia actuación municipal, sea la que se quiera la validez de ésta —expresamente se declara la desafección de la zona del uso y servicio públicos— y de las pruebas actuadas, pues claramente resulta de éstas que la rinconada de continua referencia posee un pavimento que forma un todo continuo y uniforme con el de la acera de la calle, que en ella —en la rinconada—, se celebra con periodicidad un mercado público de telas y que, cuando tal paraje no se halla ocupado por el citado mercadillo, es destinado a lugar público de estacionamiento de automóviles, según expresamente se anuncia o señala con una indicación oficial colocada a tal efecto en una de las paredes que parcialmente delimitan la rinconada y sin que, a que tal determinación se haga, constituya obstáculo el carácter cerrado de los muros referenciados, ni la existencia en otros tiempos, hace más de cuarenta años, de una balsa, abrevadero y pozo con una casita destinada a refugio del vigilante nocturno, pues en cuanto a lo primero, la ausencia de huecos en tales paredes (el único existente se halla cerrado mediante obra fija), es tan sólo un indicio que, necesariamente, ha de ceder ante pruebas incontrovertibles, como son las anteriormente mencionadas; y en cuanto a lo segundo, porque las instalaciones mencionadas de balsa, abrevadero y pozo, denotan también la existencia de un servicio público que, al igual que la caseta, sólo muy limitadamente ocupaban los terrenos examinados, los cuales, desaparecidos tales servicios, o pasaron a propiedad particular, según resulta de las propias declaraciones testificales, o se integraron con el

resto de los terrenos que ya eran de uso público para dar acceso a tales instalaciones de general e indiscriminada utilidad.

CONSIDERANDO: Que a la vista de lo expuesto en las alegaciones precedentes, resulta patente que para efectuar una alteración de las líneas *de facto* que delimitan la vía pública en la rinconada de Gonzalo Julián, era necesario que, por parte de la Corporación municipal de Náquera, se hubiera tramitado un expediente de modificación del ordenamiento urbano existente *de facto*, a fin de que la rinconada de continua referencia dejase de ser la vía pública, expediente que no sólo precisaba de la aprobación corporativa del Ayuntamiento de Náquera, sino también de la Comisión Provincial de Urbanismo, conforme a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 28 y en el artículo 32 de la Ley de Régimen del Suelo; pero la citada Corporación, lejos de seguir este camino legal, procedió a instruir un expediente de desafección que, por perfecto que pueda ser en su tramitación, es manifiestamente insuficiente para rectificar una situación de alineaciones, protegida por la Ley con un sistema de garantías más exigente que lo que representa el citado expediente de desafección; lo expuesto significa que en la actuación municipal se ha omitido de forma absoluta y radical toda la tramitación propia del resultado a que se pretendía llegar, lo que ocasiona la nulidad de pleno derecho del citado expediente, de conformidad con lo establecido en el apartado c) del párrafo 1.º del artículo 47 de la Ley de Procedimiento administrativo, pues no pueden estimarse suficientes para evitar ese resultado nihilizador la realización de una serie de actuaciones en un expediente distinto, de menores garantías administrativas, por carecer de aprobaciones que en el pertinente son indispensables y que teleológicamente se halla ordenado a fines distintos o, al menos, más limitados que los de una modificación del ordenamiento urbanístico.

CONSIDERANDO: Que a la nulidad radical establecida en la precedente consideración, tampoco constituye obstáculo que se tramitara otro expediente administrativo, encaminado a aprobar la construcción de un edificio municipal en los terrenos desafectados, pues, aunque es cierto que tal expediente obtuvo la sanción aprobatoria de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, también lo es que tal expediente, orientado a metas distintas de lo que es un cambio de alineaciones urbanas, presupone la existencia de unos terrenos calificables de solar, que en el caso no se daban; finalmente, tampoco es obstáculo que el acuerdo corporativo de 9 de abril de 1970, que puso fin al expediente de desafección, no fuera expresamente impugnado, por cuanto, al darse en el mismo una situación de nulidad absoluta y radical, su existencia puede constatarse en cualquier momento, pues ella, por su específica naturaleza, no precisa para su apreciación y virtualidad de una específica declaración jurisdiccional, actuable, por otra parte, en cualquier tiempo.

CONSIDERANDO: Que siendo el acuerdo de 9 de abril de 1970, cuya nulidad plena ha sido constatada, la única base y fundamento de los

acuerdos corporativos impugnados, resulta pertinente declarar su disconformidad jurídica, así como también ordenar la expedición de la licencia instada, habida cuenta que nada se opone a su expedición.

Considerandos del Tribunal Supremo:

CONSIDERANDO: Que en esta segunda instancia no se opone por el Abogado del Estado apelante al evacuar el trámite de alegaciones; argumento nuevo que no haya sido recogido y refutado en la sentencia apelada, cuyos considerandos, agotando con gran acierto el tema debatido, explican con toda suficiencia cómo un expediente de desafección instruido y resuelto con arreglo a las disposiciones de los artículos 8.º y concordantes del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales, no es el procedimiento hábil para modificar situaciones de alineación que no pueden ser alteradas, según establece claramente el artículo 10 de la Ley del Suelo, más que en virtud de un plan parcial de ordenación urbana, procedimiento que la Corporación municipal rehuyó en este caso, de lo que resulta que la resolución de desafección carece por completo de idoneidad para basar en ella como hacen los acuerdos municipales recurridos la denegación de licencia solicitada por el recurrente.

CONSIDERANDO: Que en su virtud es procedente la confirmación del fallo apelado en todos sus pronunciamientos, sin que haya lugar a apreciar motivos que justifiquen imposición de costas, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.