



ASUNTO: BIENES

Legalidad de cesión de derecho de un paso por un solar municipal, solicitado por un vecino propietario de una vivienda que tiene acceso por otra calle y desea acceso rodado a través del solar de depósitos de agua

032/12

FD

INFORME

I. ANTECEDENTES.




Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha XXX de 2012, tiene entrada en la Oficialía Mayor, escrito del Ayuntamiento de XXX, mediante el que se solicita informe jurídico sobre legalidad de cesión de derecho de un paso por un solar municipal, solicitado por un vecino propietario de una vivienda que tiene acceso por otra calle y desea acceso rodado a través del solar de los depósitos de agua.



- En el espacio para consignar otros datos de interés del formulario de solicitud se señala que *“El solicitante presentó escrito solicitando el acceso y el mismo, a petición de un concejal, fue analizado por el Pleno que, por mayoría, adoptó acuerdo de acceder a lo solicitado. Se trata de dos solares adquiridos por el Ayuntamiento para ubicación de los depósitos de agua potable. Del primero existe documento privado de compra y del segundo escritura pública. El primero no figura inscrito en el Registro de la Propiedad.”*
- Junto con la solicitud del informe se acompaña la siguiente documentación:
- Solicitud de apertura de la puerta de la vivienda y del paso, suscrita por DON XXX.
- Certificación del acuerdo del Ayuntamiento Pleno, adoptado en sesión ordinaria, celebrada el día XXX noviembre de 2011, en el que se aprueba por mayoría *“... conceder el derecho de paso por la actual puerta de la calle Calvario al solar de los depósitos de agua potable, sin cerramiento posterior alguno, hasta otra puerta en la pared de su propiedad y poder acceder a la misma, y que dicha autorización se plasme por escrito especificando que dicha concesión no crea servidumbre de paso a favor del solicitante.”*
- Ortofoto de la Sede Electrónica del Catastro, sobre la que aparecen marcados el solar municipal con los depósitos y la vivienda del solicitante del acceso.
- Fichas de consulta descriptiva y gráfica de datos catastrales correspondientes a los inmuebles con referencias catastrales 6898062QC5569N0001ZQ, situado en C/ XXX, de XXX (Badajoz), con una superficie de 426 metros cuadrados y una superficie construida de XXX metros cuadrados, y 6898061QC5569N0001ZQ, situado en C/ XXX, de XXX (Badajoz), con una superficie de XXX metros cuadrados.
- Fotocopia de dos hojas del libro de Inventario de Bienes y Derechos del Municipio.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE.

-  Constitución Española de 1978 (CE).
-  Código Civil (CC).
-  Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).



- ✚ Texto Refundido de Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).
- ✚ Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- ✚ Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL).
- ✚ Ley 30/1992, de 26 de septiembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).
- ✚ Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

III. FONDO DEL ASUNTO.

1º. Aunque el propio acuerdo de 24 de noviembre de 2011 lo niegue al determinar expresamente que “... dicha autorización se plasme por escrito especificando que dicha concesión no crea servidumbre de paso a favor del solicitante.”, todo parece indicar que lo que se está otorgando es una servidumbre de paso. Y ello aunque efectivamente, el beneficiario jamás podrá adquirir la servidumbre, pese a tener a su alcance dos medios, el título y la prescripción de veinte años, que el artículo 537 del CC reconoce a las servidumbres continuas y aparentes, por vedarlo el particular régimen de los bienes de dominio público (más adelante se verá que esa es la calificación del terreno municipal), plasmado originariamente en el artículo 132.1 de la CE “1. La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.” y, habida cuenta esa remisión a la Ley, regulado expresamente en los artículos 80.1 y 5 de la LBRL y RBEL, con la misma redacción en ambos preceptos “Los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno.” Esa característica de la inalienabilidad impide la enajenación y que se pueda constituir servidumbre sobre el mismo, más cuando el derecho no es exigible por tener el petionario acceso a su finca desde otra calle que, además, es rodado o puede serlo, sin que pueda invocar el propietario derecho alguno, ya que el artículo 564 del CC,



“El propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización.”, lo restringe a una única causa, la inexistencia de salida a camino público (entiéndase vía pública) y lo somete al pago de la correspondiente indemnización. La indemnización se justifica porque hay un beneficio (un enriquecimiento) por parte del predio dominante (en este caso sería la propiedad del Sr. Gutiérrez González, que consigue un nuevo acceso, al que por cierto no tiene derecho) y el consiguiente perjuicio del predio sirviente (el solar municipal sobre el que se ubican los depósitos de abastecimiento de agua, que tiene que soportar los gravámenes de una puerta abierta al mismo y el libre paso continuado, sin que igualmente tenga obligación legal para ello).

2º. Hecha esa primera consideración, y con vista a intentar dar una solución jurídica al asunto que se plantea, se hace necesario determinar (como se ha advertido en el apartado anterior) la naturaleza jurídica de los bienes en cuestión para, a la vista del régimen que le corresponda, poder determinar el uso, disposición o aprovechamiento de los mismos. De las fotocopias de Libro del Inventario de Bienes y Derechos facilitadas por el Ayuntamiento, los bienes en cuestión tienen carácter patrimonial. No obstante, la realidad es distinta por cuanto sobre los mismos se encuentran ubicados los depósitos del servicio de abastecimiento de agua potable del municipio, por lo que de hecho son bienes de servicio público, conforme al concepto que de tal categoría de bienes dan los artículos 74.2 del TRRL y 4 del RBEL, precepto este que, con una redacción más extensa que el citado en primer término, dispone que *“Son bienes de servicio público los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades locales, tales como ... y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos.”* Por tanto, es de servicio público la superficie ocupada por los depósitos y, además, la superficie necesaria para el cumplimiento del servicio público y para garantizar su correcta utilización, funcionamiento, preservación, etc. Por ello, según se deduce de la ortofoto del catastro, la superficie de ambas parcelas son bienes de servicio público, la primera, porque está prácticamente ocupada por los depósitos (en el libro de Inventario consta así mismo que *“En ella se encuentra ubicado el Depósito de aguas y una caseta de transformación de Sevillana.”*); y la segunda, por ser imprescindible para acceder a los mismos (como igualmente consta en la certificación incorporada al libro de Inventario *“Pequeño solar e acceso al DEPÓSITO MUNICIPAL DE AGUAS.”*), ya que lo relevante es la afección del bien al servicio público, como tiene declarado el Tribunal



Supremo en su Sentencia de 10 de octubre de 2003, dictada en recurso de casación: *“TERCERO. Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que la consideración demanial de un bien no viene necesariamente fijada por su inclusión o exclusión en un inventario de bienes de las Entidades Locales, sino por su afección real a un uso o servicio público, siquiera la inclusión en el catálogo pueda en principio apuntar a favor de esa naturaleza. Así la Sentencia de 28 Mar. 1989 declaró que la realidad del destino del bien ha de prevalecer sobre la apariencia formal, y las de 5 Abr. 1993 y 23 May. 2001 se manifiestan en el mismo sentido ...”*

El artículo 74.2 del RBEL dispone que *“2. El uso de los bienes de servicio público se registrará, ante todo, por las normas del Reglamento de Servicios de las Entidades locales y subsidiariamente por las del presente.”*, parece dar a entender que se remite a la norma reguladora de los servicios, pero debe tenerse en cuenta que, tanto la aplicación subsidiaria del RBEL como la expresión *“ante todo”*, conducen al caso concreto, para determinar el régimen de aprovechamiento que sea más apropiado, sobre todo si tenemos en cuenta que no se trata aquí de la utilización del bien para la prestación de un servicio público, sino del aprovechamiento de un bien de dominio público (artículo 74.3 de la LBRL *“3. Son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público.”* y en términos similares el artículo 2.2 del RBEL). Si se analiza el caso concreto, se ve con total claridad que estamos ante alguno de los supuestos típicos de utilización de los bienes de uso público, conceptuados en el artículo 75 del RBEL. En modo alguno estamos ante un supuesto de uso común (apartado 1), porque no se está atribuyendo por igual a todos los ciudadanos, ni ante un uso normal (apartado 3), porque no se realiza conforme al destino principal del bien que es el ubicación de los depósitos de abastecimiento de agua potable. Por el contrario, sí podríamos conceptuarlo como uso privativo (apartado 2), porque se produce una ocupación del bien con limitación o exclusión de los demás (aunque del acuerdo no se deduce que se produzcan restricciones de acceso a los depósitos de agua), pero sobre todo estaríamos ante un supuesto de uso anormal (apartado 4), porque se realiza de manera que no es conforme con su destino, ya que el destino del bien es la prestación del servicio de abastecimiento de agua y se pretende reservar a garantizar un acceso rodado a una finca particular (es especialmente relevante que se pretende garantizar un –nuevo- acceso rodado a una finca particular, no el acceso rodado, por cuanto la finca ya dispone del mismo por la C/ XXX).



Conforme a lo dispuesto en el artículo 78.1 del RBEL tanto el uso privativo como el uso anormal están sujetos a concesión administrativa, que *“En ningún caso podrá otorgarse concesión o licencia alguna por tiempo indefinido ...”* (artículo 79) y que, en aplicación del apartado 2 del citado artículo 78, se otorgará *“... previa licitación, con arreglo a los artículos siguientes y a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales.”* El procedimiento de concesión se tramitará con arreglo a lo dispuesto los artículo 80 a 91 del RBEL, estableciendo el artículo 81 la sanción de nulidad para *“... las concesiones que se otorgaren sin las formalidades que se establecen en los artículos siguientes, y para lo no dispuesto por ellos, en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales.”*

3º. También podría el Ayuntamiento seguir el régimen de utilización y aprovechamiento de los bienes de propios. Pese a que, como ya se ha señalado, el Inventario de Bienes y Derechos constan con esa calificación, por las razones expuestas en el apartado 2º, este funcionario considera que previamente debe proceder a su calificación patrimonial, tramitando el expediente en el que, de conformidad con los artículos 81.1 de la LBRL y 8.1 del RBEL, se acrediten su oportunidad y legalidad. Por lo que respecta a la legalidad se acreditará cumpliendo los requisitos de los apartados 2 y 3 del citado artículo 8 del RBEL: 1, información pública por plazo de un mes; 2, aprobación por el Pleno de la Corporación con el quórum de mayoría absoluta (al exigir quorum especial el artículo 54.1.b del TRRL exige asimismo informe del Secretario de la Corporación); y 3, recepción formal de la desafectación e incorporación al patrimonio. Cosa distinta es la acreditación de la oportunidad de la desafectación para desposeer del carácter de bien de servicio público a una porción de terreno a todas luces necesaria para garantizar el correcto funcionamiento de los depósitos de abastecimiento, con el fin de establecer un gravamen a favor de un vecino del municipio al que, como se ha visto, no tiene derecho, por contar con acceso a la vía pública.

Calificado como patrimonial el terreno, la legislación específica aplicable (téngase en cuenta lo dispuesto el dispuesto en el artículo 4.1.p de la LCSP, y el contenido del apartado 2 del mismo precepto: *“2. Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.”*) se encuentra en la LPAP, cuyo artículo 107.1 (precepto de carácter básico en virtud de lo



dispuesto en el apartado 5 de la Disposición Adicional Segunda), debe ponerse en relación con el artículo 92 del RBEL, por lo que la adjudicación se realizará por concurso, cuando la duración de la cesión sea superior a cinco años o el precio exceda del 5 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto. Debe entenderse que cuando no se exceda ninguno de los límites señalados, estaremos ante supuestos de adjudicación directa de los aprovechamientos. Por lo que respecta al precio del arrendamiento, el apartado 2 del citado artículo 92 del RBEL exige que el usuario satisfaga un canon (entendemos que anual) cuyo importe no sea inferior al 6 por 100 del valor en venta de los bienes, por lo que será preceptivo el informe pericial de valoración del mismo. La aprobación del expediente, que comportará la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (donde se podrán concretar todas las particularidades a las que alude el técnico municipal en su informe), corresponderá a la Alcaldía o al Ayuntamiento Pleno, en virtud del reparto competencial previsto en la Disposición Adicional Segunda de la LCSP, de pendiendo de su importe y de la duración.

4º. Por cuanto se ha informado, este funcionario considera que el acuerdo del Pleno de la Corporación de 24 de noviembre de 2011 no está ajustado a derecho, por haberse dictado “... *prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido ...*” (artículo 62.1.d de la LRJPAC), debiendo por tanto el Ayuntamiento proceder a su anulación, haciendo uso de la potestad reconocida a las entidades locales en el artículo 4.1.g) de la LBRL, ejercitando las facultades de los artículos 53 de la misma norma y 218 del ROF. El procedimiento se tramitará conforme al artículo 102 de la LRJPAC, debiendo ser resuelto por el Pleno de la Corporación (al ser órgano que adoptó el acuerdo objeto de revisión), previo dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura.

Badajoz, febrero de 2012.