



ASUNTO: BIENES

Constitución y consolidación de servidumbre.

223/12

FC

\*\*\*\*\*

**INFORME**

**I. HECHOS.ANTECEDENTES**

El Ayuntamiento solicitante es propietario de un bien de dominio público, cementerio municipal, siendo de particulares las fincas colindantes y con acceso por camino público. Ante los impedimentos por parte del propietario de las fincas colindantes a permitir el acceso para tareas de reparación y pintura del muro perimetral de este bien de dominio público, se plantea por el Ayuntamiento el procedimiento a seguir para el establecimiento o consolidación de una servidumbre para las tareas de mantenimiento.



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

## II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- \* Constitución Española de 1978
- \* Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local
- \* Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por RD legislativo 781/1986.
- \* Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por RD 1372/1986.
- \* Código Civil
  
- \* Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

## III. FONDO DEL ASUNTO

**1. POTESTADES DE LAS CORPORACIONES LOCALES PARA LA INVESTIGACIÓN, DEFENSA Y RECUPERACIÓN DE SUS BIENES.**-Como premisa sobre el fondo del asunto planteado debemos decir que conforme a lo determinado en el artículo 80.1 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local (LBRL), **los bienes de dominio público**, el cementerio municipal tiene esta consideración, **son inalienables, imprescriptibles e inembargables**. Consecuencia de ello es que ante la situación de hecho planteada, el Ayuntamiento tiene varias vías de actuación que iremos mencionando a lo largo del presente Informe.

Por su parte, el artículo 68.1 de la LBRL impone a las entidades locales *“... la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos.”* La obligación de defensa de sus bienes por las entidades locales tiene su desarrollo reglamentario en los artículos 9, apartados 2 y 3, y 73 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), aprobado por RD 1372/1986, precepto este último que veda a las Corporaciones Locales el allanamiento *“... a las demandas judiciales que afectaren al dominio y demás derechos reales integrantes de su patrimonio.”*



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

Así mismo, la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) regula determinadas prerrogativas de las Administraciones Públicas en relación con su patrimonio en los artículos 41 a 57, siendo aplicables en el ámbito local buena parte de ellos (artículos 41, 42, 44, 45, 49, 50 y 53), al otorgarles carácter básico su Disposición Final Segunda. Así mismo, el artículo 4.1.d) de la LBRL confiere a los Municipios, en su calidad de Administraciones Públicas Territoriales y dentro de la esfera de sus competencias, diversas potestades entre las que se incluyen *“d) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.”* Esta misma norma, en el artículo 82, reitera las facultades de deslinde *“... en cualquier momento cuando se trate de los de dominio público, ...”* (apartado a) y de recuperación, *“... que se ajustará a lo dispuesto, en la legislación del Patrimonio del Estado y, en su caso, en la legislación de los montes.”* (apartado b).

Estas prerrogativas vienen reiteradas en el artículo 44.1 del RBEL (con el añadido del desahucio administrativo) en los términos siguientes: *“1. Corresponde a los municipios, ... las siguientes potestades en relación con sus bienes: a) La potestad de investigación. b) La potestad de deslinde. c) La potestad de recuperación de oficio. d) La potestad de desahucio administrativo.”* A estas potestades, el apartado 2 del precepto de la norma reglamentaria añade que *“2. Para la defensa de su patrimonio y para asegurar la adecuada utilización del mismo, las Corporaciones Locales también podrán establecer e imponer sanciones de acuerdo con lo previsto en la normativa sectorial aplicable.”*

Mencionadas las potestades que las Corporaciones Locales tienen para la defensa de sus bienes, procederemos a continuación a examinar cada una de ellas:

### **1.1. LA POTESTAD DE INVESTIGACIÓN.**

La potestad de investigación que otorga a las Entidades Locales el citado artículo 4 de la LBRL (reiterada en el artículo 44.1.a del RBEL) que, como señala el artículo 45 de la norma reglamentaria, es la facultad que tienen las Corporaciones Locales respecto de *“... la situación de los bienes y derechos que se presuman de su propiedad, siempre que ésta no conste, a fin de determinar la titularidad de los mismos.”*, procedimiento que puede iniciarse de oficio o por denuncia de los particulares (la llamada acción popular). Con carácter previo a su inicio, el RBEL exige en el artículo 46 un requisito, la realización de un *estudio previo sobre la procedencia del ejercicio de la acción*

---



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

*investigadora*. Cumplido esto, si el estudio determina su procedencia se incoará el expediente, con la tramitación prevista en los artículos 49 a 53 de la misma norma, y que sucintamente se detalla a continuación:

1. Acuerdo de iniciación del expediente y publicación en el BOP y tablón de anuncios por plazo de quince días.
2. Traslado del acuerdo de iniciación a las Administraciones Estatal y Autonómica.
3. Admisión de alegaciones por plazo de un mes a contar desde la terminación de la publicación del anuncio y notificación personal a los afectados en el expediente, caso de ser conocidos y estar identificados.
4. Apertura de un período de pruebas.
5. Efectuadas y valoradas las pruebas se pondrá de manifiesto el expediente para alegaciones por plazo de diez días a las personas a quienes afecte la investigación que hubieren comparecido.
6. Resolución del expediente, previo informe del Secretario de la Corporación, por el Pleno de la Corporación que es el órgano con atribuciones para *“El ejercicio de las acciones administrativas y judiciales”*, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.2.j) de la LBRL, como de manera reiterada viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas Sentencia de 28 de mayo de 1992: *“Pues en efecto la legislación de Régimen Local vigente exige que en los casos como el de autos el acto de recuperación del camino, que desde luego debe ser debidamente fundado, sea dictado por el Pleno y no por el Alcalde.”*
7. Si la resolución es favorable, se procederá a la tasación del bien y a su inclusión en el inventario, y la adopción de las medidas tendentes a la efectividad de los derechos de la Corporación.

Expuesto el procedimiento para esta acción de investigación, consideramos necesario realizar las siguientes consideraciones:

- 1ª. Si la resolución del expediente es favorable, el Ayuntamiento está en condiciones de adoptar las medidas tendentes a la efectividad de sus derechos y, en su caso, el ejercicio de las facultades de promover y ejecutar el deslinde entre los bienes de su pertenencia y los de los particulares, cuyos



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

límites fueran imprecisos o sobre los que existieren indicios de usurpación, y recobrar por sí la tenencia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo.

*2ª. Conforme a lo dispuesto en el artículo 41.2 de la LPAP “2. El conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión del ejercicio por la Administración de estas potestades corresponderá a los órganos de este orden jurisdiccional.” Previsión que, en términos parecidos se recoge en el artículo 55.1 del RBEL, respecto de la potestad de investigación, si bien como señala el apartado 2 del mismo precepto, los afectados podrán impugnar la resolución esta vez en la vía contencioso-administrativa (véase para una y otra cuestión el fundamento de derecho segundo de la STS de 22 de diciembre de 1995).*

## **1.2. LA POTESTAD DE DESLINDE.**

La potestad de deslinde, reconocida a favor de las Administraciones Públicas en el artículo 50.1 de la LPAP y otorgada a las Entidades Locales en los preceptos ya citados (artículos 4 de la LBRL y 44.1.a del RBEL) consiste “... en practicar las operaciones técnicas de comprobación y, en su caso, de rectificación de situaciones jurídicas plenamente acreditadas.” (artículo 57.1 de la norma reglamentaria) con el objeto de “... delimitar la finca a que se refirieran y declarar provisionalmente la posesión de hecho sobre la misma.” (apartado 2 del precepto anterior) y puede ser una consecuencia del procedimiento de investigación antes comentado. Su regulación está recogida en los artículos 56 a 69 del RBEL. Conforme al apartado 2 del artículo 50 de la LPAP y 66 del RBEL, una vez ““Iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión ni se admitirán interdictos sobre el Estado posesorio de las fincas mientras no se lleve a cabo dicho deslinde.” Lo normal es que se instruya de oficio, cuando la Entidad considere que los límites entre sus bienes y los de los particulares resulten imprecisos o bien cuando aprecie la existencia de indicios de usurpación. También lo pueden promover los particulares, pero en este caso no a modo de acción popular, sino reservado a los linderos o enclavados.

---



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

El deslinde requiere la tramitación de expediente en el que se observará el siguiente procedimiento:

1. El expediente se inicia mediante el correspondiente acuerdo, que tomará como base una memoria justificativa que describa los bienes objeto del mismo y determine su titularidad (es imprescindible constatar ambos extremos, sin los cuales es imposible llevar a cabo el deslinde, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de diciembre de 2003) e inscripción y toda la información posesoria y actos de reconocimiento que se hubieren llevado a cabo. Al expediente se unirá también un presupuesto de los gastos de deslinde.
  2. Caso de estar inscrita la finca, se comunicará el inicio al Registro de la Propiedad, para que se extienda nota marginal.
  3. Traslado del acuerdo de iniciación a los dueños de las fincas colindantes y titulares de otros derechos reales sobre las mismas y publicación de anuncio en el BOP y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, al menos sesenta días de antelación a la fecha fijada para inicio de las operaciones. El anuncio contendrá al menos los datos necesarios para la identificación de cada finca y la fecha, hora y lugar para empezar.
  4. Admisión de alegaciones y de documentos probatorios hasta los veinte días anteriores al comienzo de las operaciones.
  5. Estudio y resolución por la Corporación en relación con las alegaciones, documentos y pruebas, desde la fecha anterior al señalado para dar comienzo al deslinde.
  6. Comienzo del apeo con fijación precisa de los linderos, lo que se realizará con asistencia de un técnico con titulación adecuada y los prácticos designados por la Corporación y del Secretario del Ayuntamiento, que extenderá la correspondiente acta, con el contenido del artículo 64.3 del RBEL. Si no se finalizara en una sola jornada, se proseguirán las actuaciones hasta su conclusión, extendiéndose tantas actas como sean precisas.
  7. Concluidas las operaciones, se incorporarán al expediente el acta o las actas levantadas y un plano a escala de la finca deslindada.
-



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

8. Resolución del expediente por el Pleno de la Corporación, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.2.j) de la LBRL, cuyo acuerdo será ejecutivo y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de las cuestiones civiles que se harán valer ante la jurisdicción ordinaria.
9. Una vez sea firme el acuerdo de aprobación, se procederá al amojonamiento con participación de los interesados e inscripción en el Registro de la Propiedad, si ya estuviera inscrita la finca a la que se refiera; de no ser así, se inscribirá previamente la finca y a continuación el deslinde.

### **1.3. LA POTESTAD DE RECUPERACIÓN ADMINISTRATIVA.**

Esta facultad de recuperación administrativa, también regulada en la LPAP, artículos 41.1.c (que, como se ha dicho, tiene carácter básico) y 55 a 57, debe reiterarse que, conforme al artículo 4.1.d) de la LBRL, las entidades locales gozan de la potestad de recuperación de oficio de sus bienes, mediante la que pueden reivindicar por si mismas la posesión o tenencia de sus bienes, con la finalidad de restituir una situación posesoria anterior alterada por un particular, sin necesidad de requerir la actuación jurisdiccional de los tribunales, prerrogativa expresamente recogida en el artículo 82.a) de la LBRL y reiterada asimismo en el artículo 70, apartados 1 y 2, del RBEL. Es ilustrativa de cuanto se ha expuesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1998, que en su fundamento de derecho segundo declara *“La circunstancia que justifica el ejercicio de una acción de recuperación de la posesión de un bien de dominio público, sea de manera directa, sea a través del expediente de deslinde (que aquí se ha utilizado con cierta impropiedad, desde el momento en que lo cuestionado no es la imprecisión de los límites entre la propiedad municipal y la privada, sino la existencia misma del bien -camino en este caso- de propiedad demanial), no es otra cosa que la previa situación de posesión a título público de dicho bien, que es la que justifica el ejercicio de la acción por vía administrativa, sea de recuperación, sea de deslinde, y la consiguiente sumisión a esta jurisdicción en su función revisora del actuar de la Administración. Partiendo de tal premisa, claramente deducible de los artículos 56 y 71 del Reglamento de Bienes y corroborada por una reiterada Jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 28 de enero de 1.998 y 25 de marzo de 1.998), ...”*

---



<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

Los preceptos antes citados prevén la acción de manera distinta según se trate de bienes de dominio público (el cementerio lo es), podrán recuperarse en cualquier momento, o patrimoniales, en el plazo de un año, a contar del día siguiente de la fecha en que se hubiera producido la usurpación. El expediente para la recuperación podrá iniciarse de oficio o por denuncia de los particulares, conforme a las previsiones del artículo 46 del RBEL, por remisión expresa del artículo 71.1 (como se ha dicho la “acción popular” del artículo 68.2 de la LBRL). Debiendo tramitarse un procedimiento contradictorio con audiencia del interesado, en el que el Ayuntamiento deberá llevar a cabo las actuaciones de instrucción necesarias para acreditar la posesión administrativa, sin perjuicio de la titularidad, y que el uso ha sido perturbado por el administrado contra quien se dirige, de manera se constate el alcance de la posible extralimitación del particular, según exige la doctrina del Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de enero de 1985: *“Lo incorrecto como se ha dicho es que tal decisión se adoptase sin tramitar un verdadero expediente contradictorio, en el que inexcusablemente constase el alcance de la posible extralimitación del particular, determinación de la invasión, efectuando el previo y necesario deslinde de la propiedad privada y patrimonial municipal, audiencia en todo caso del interesado, etc., trámites o requisitos que predeterminan la legalidad de la medida, pues en otro caso se trata de una resolución arbitraria por falta de acreditamiento de los presupuestos que le hacen posible, a la vez que la falta de audiencia del interesado vicia de nulidad todo lo actuado.”*

Por tanto, en el procedimiento se llevarán a cabo mediante la incorporación de todos los actos y antecedentes (denuncia, alegaciones, pruebas, informes, etc.) que sean necesarios para la determinación y comprobación de los datos en virtud de los cuales haya que resolver, debiendo ponerse de manifiesto el expediente a los interesados con carácter previo a la redacción de la propuesta de acuerdo, para que en trámite de audiencia aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen oportunos. Finalizado el trámite indicado, se redactará la propuesta de acuerdo, de la que así mismo se dará traslado a los interesados, elevándose el expediente con la propuesta y las alegaciones contra la misma al órgano competente para resolver, que será el Ayuntamiento Pleno, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.2.j) de la LBRL y por la jurisprudencia citada.

---





<http://www.dip-badajoz.es/municipios/sael/index.php?cont=docum&c=1&id=3>

Concluido el procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.3 del RBEL, el Ayuntamiento está habilitado para utilizar “... *todos los medios compulsorios legalmente admitidos, ...*”, principalmente la ejecución forzosa y la ejecución subsidiaria, reguladas en los artículos 95 y 98 del la LRJPAC, respectivamente, procedimientos que se sustanciarán bajo estrictos criterios de proporcionalidad. En tales supuestos, se realizará apercibimiento con carácter previo, en el que se deberá informar del importe del coste de ejecución.

**2. DERECHOS DEL PROPIETARIO DE UN EDIFICIO PARA EL ACCESO A PREDIOS COLINDANTES PARA TAREAS DE MANTENIMIENTO.**-Finalmente, si ejecutadas todas o algunas de estas prerrogativas de las que disponen las Entidades Locales para la investigación, defensa y recuperación de sus bienes, se llegase a acreditar que la totalidad de los bienes circundantes al bien de dominio público en cuestión, cementerio municipal, son de propiedad de particulares, para la materialización de las necesarias labores de mantenimiento de las paredes perimetrales de dicho bien, nuestro Código Civil, en su artículo 569 dispone:

“Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, **el dueño de este predio está obligado a consentirlo**, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroga.”

Por consiguiente, y como **CONCLUSIÓN**, el Ayuntamiento deberá comunicar al propietario de predio o predios colindantes al cementerio municipal su intención de acceder por los mismos para la realización de ellas tareas de mantenimiento, pintura, adecentamiento, etc. de las paredes colindantes a aquel. Debiéndose, en su caso, indemnizar a éste o éstos los daños que por el hecho de acceder a sus propiedades se les pueda irrogar.

Badajoz, septiembre de 2012