



León, 15 de enero de 2020

Ayuntamiento de XXX
(Segovia)

Asunto: Ocupación de espacio público/ Expediente de investigación

Ilma. Sra.:

De nuevo nos dirigimos a **V.I.** una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número **476/2019**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

Como recordará, el motivo de la **queja** era la situación planteada en su localidad por el cierre de un espacio de terreno situado entre los números XXX de la C/ XXX, que impedía el uso común y general de este espacio.

Tras solicitar información se procedió, inicialmente, al archivo del expediente ya que constaba que se había dado inicio a un expediente de investigación que se encontraba, en ese momento, en plena tramitación en concreto en fase probatoria.

Con posterioridad a dicho archivo, la parte reclamante se puso en contacto con esta Institución solicitando la reapertura de nuestro expediente, señalando principalmente su disconformidad con el resultado alcanzado como conclusión del mismo y también por la intervención en dicha resolución (acuerdo de Pleno XXX de XXX) de personas que debieron abstenerse al tener parentesco de primer grado con las que habrían ocupado la calleja investigada, todo ello siempre según el relato de hechos que se efectúa en la queja.

Tras la reapertura de nuestro expediente se le solicitó información en relación con las cuestiones planteadas en aquella.

En atención a dicha petición de información se remitió una **copia íntegra** del expediente de investigación tramitado por la entidad local.

A la vista de la totalidad de la información recabada nos gustaría efectuarle algunas consideraciones.

Lo primero que debemos subrayar es que no nos corresponde, ya que no se encuentra entre nuestras funciones, efectuar pronunciamientos sobre titularidades ni tampoco determinaciones respecto de propiedades, cuestiones todas ellas reservadas en nuestro ordenamiento jurídico a los Tribunales civiles.



Únicamente podemos y vamos a examinar si se daban los requisitos legales, reglamentarios y jurisprudenciales para el ejercicio, en este caso concreto y por parte de esa Corporación local, de la potestad de investigación respecto de un espacio de terreno situado entre los números XXX de la C/ XXX y que aparece en la cartografía catastral representado como un callejón en fondo de saco independiente de las fincas colindantes.

Con carácter general debemos recordar que el ejercicio de la acción investigadora es una de las llamadas potestades exorbitantes del régimen jurídico de los bienes de la administración caracterizado por la autotutela pero no puede alterar ni el derecho de propiedad ni la posesión definitiva de los bienes. La jurisprudencia reiteradamente ha declarado que la administración al ejercitar estas medidas ni prejuzga ni decide sobre la naturaleza y definitiva pertenencia demanial y posesoria de los bienes recuperados, aspecto este último reservado, como ya hemos anticipado, a los Tribunales ordinarios.

Dicha potestad tiene por objeto averiguar la situación de aquellos bienes cuya titularidad no consta pero existen indicios de que pudieran corresponder a la entidad local y suponen un conjunto de actuaciones encaminadas a esclarecer, en la esfera interna de la administración, la eventual titularidad pública de determinados bienes como trámite o presupuesto previo al ejercicio del resto de potestades.

En este sentido la STSJ de Castilla y León de 04 de marzo de 2016, señala:

“(...) el art. 44 del RBEL atribuye a los municipios la potestad de investigación. A tal fin aun cuando se dice que se trata de una facultad, es claro que el ejercicio de esa potestad deviene obligatorio para el ente local, por mor de su deber legal de conservación del patrimonio local. En similares términos se manifiestan el art. 4.1 d) de la LBRL y los arts. 41.1^o) y 45 y siguientes de la LPAP. En concreto, el art. 28 de esta última norma básica dispuso que “las administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio. A tal fin protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procurarán su inscripción registral y ejercerán las potestades administrativas y las acciones administrativas que sean procedentes para ello”. Por lo tanto si, como parece, existen dudas acerca de la existencia de bienes demaniales, la administración pretendidamente titular debe actuar y ejercer sus potestades, decidida y eficazmente, para lograr una protección adecuada de todo lo público (...)”.

El artículo 45 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las administraciones públicas (en adelante LPAP) se refiere a la facultad que ostentan las administraciones públicas para investigar la situación de sus bienes, pero es el Reglamento de Bienes de las entidades locales (en adelante RBEL) el que fija el procedimiento para llevar a cabo la investigación – artículos 45 a 54-.

El artículo 46 RBEL regula las posibles modalidades de iniciación del



procedimiento que da lugar al ejercicio de la acción investigadora estableciendo: “*El ejercicio de la acción investigadora podrá acordarse: 1º De oficio, por la propia Corporación (...) y 2º Por denuncia de los particulares*”.

El tenor literal de este precepto no enuncia las formas de iniciación del procedimiento, sino que nos remite a las formas a través de las cuales puede acordarse el ejercicio de la acción investigadora a que aquel da lugar. Lo antedicho resulta importante en el supuesto concreto que se somete a nuestra consideración, ya que mientras la incoación de un procedimiento administrativo admite las diversas modalidades establecidas en los artículos 54 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, la adopción del acuerdo para el ejercicio de la potestad investigadora corresponde única y exclusivamente a la Corporación local, lo que significa que la denuncia de un particular interesado (como la que aquí analizamos) es solo una de las circunstancias que pueden dar lugar (o no) a la iniciación del correspondiente procedimiento.

Dicho con otras palabras, existen dos formas de instar el procedimiento de investigación, pero siempre dentro de la modalidad de iniciación de oficio pues, en todo caso, la decisión sobre su tramitación está supeditada a la valoración subjetiva de la administración en cuanto a la legitimidad de su incoación, así como sobre la concreta y objetiva concurrencia del presupuesto de hecho determinante de su ejercicio.

En este caso en el informe jurídico evacuado para justificar el ejercicio de acción investigadora no se señalan cuales son los indicios que la entidad local tuvo en cuenta para el ejercicio de la misma, puesto que a esa fecha el bien aparecía catastrado a nombre de particulares y no constaba como municipal en el inventario de bienes (si bien tal situación no resulta definitiva en este caso puesto que, al parecer, ninguna calle del municipio lo está - certificación de fecha 18-03-2019-).

Como no se realizó el estudio previo al inicio de la facultad investigadora al que se refiere el artículo 48 RBEL, o al menos a esta Institución no le consta, desconocemos los datos que entonces manejaba esa Administración para acordar la iniciación de este expediente, máxime cuando se afirma en el informe evacuado inicialmente que para el Ayuntamiento el terreno aludido nunca ha tenido la consideración de vial público. Esta circunstancia complica nuestro análisis , pero en todo caso, nos gustaría llamar la atención de esa entidad local sobre esta *ausencia de motivación* que, aunque no fue esgrimida por ninguna de las partes más directamente implicadas en este procedimiento, debe corregirse por la entidad local en el futuro puesto que debe constatarse por la entidad local que concurren los presupuestos necesarios para el ejercicio de la potestad investigadora y debe decirse expresamente cuales son estos, de manera que no se provoque en los afectados una situación de indefensión, dificultando además, eventualmente, el ejercicio de las labores de supervisión de las actuaciones administrativas efectuadas.



Resulta indispensable, además de ser muy conveniente para la entidad local, efectuar el estudio previo al ejercicio de la acción investigadora, de manera que se determine su procedencia o no, ya que una mínima prudencia en esta materia, impediría que eventualmente se puedan realizar actuaciones que posteriormente se revelen inútiles para la misma, provocando gastos para la entidad y/ o para los terceros y molestias para todos los intervinientes.

Siguiendo con el relato de actuaciones practicadas en este caso tenemos que el acuerdo de inicio del expediente de investigación se notifica a la administración Estatal y Autonómica y se publica en el BOP de la provincia de Segovia (20-febrero de 2019) tal y como dispone el art. 49 RBEL.

Como sabe, el tercer trámite procedimental que expresamente establece el artículo 50 RBEL es el referente a la notificación expresa y personal que la Corporación deberá remitir a aquellos afectados que resulten conocidos e identificables, lo cual no supone más que la reproducción de lo establecido con carácter general en el artículo 40.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por lo tanto nada que ver los posibles interesados en el procedimiento, que lo son y lo siguen siendo con entera independencia de su comparecencia en el trámite de información pública, con estas otras personas que se incorporan al procedimiento haciendo uso de esta trámite, a resultas del cual pueden obtener la consideración de interesados o no.

Lo primero tiene que ver con el derecho de defensa que afectará lógicamente a las personas que tengan derechos o intereses que puedan verse comprometidos por la decisión de la Administración y lo segundo, con la necesidad de obtener el máximo de información para mejor fundamentar la decisión que finalmente se adopte. Por ello resulta de vital importancia la información pública y su omisión, provoca la anulación de la resolución que ponga fin al procedimiento.

En este caso, constan notificadas las denunciadas, la titular del inmueble que ha efectuado el cerramiento y otras dos personas titulares de fincas que colindarían con el bien objeto de investigación, pero no se ha notificado, pese a que aparece identificada en las fichas catastrales con su nombre y dirección a la persona titular de la finca catastral situada en el número XXX de la XXX (y en la que finalizaba la calleja) ni los titulares (comunidad de propietarios) de la finca situada en el número XXX de la Calle XXX, que colindarían con el supuesto callejón en la parte trasera y que sin duda tendrán algo que decir respecto de la existencia en esta colindancia de calle, servidumbre o finca privada y a los que se debió notificar en esa misma dirección, a falta de datos de un domicilio fiscal alternativo.



Es cierto que ninguno de las personas afectadas por este expediente y que si fueron notificadas se personó en el procedimiento y aportó pruebas al mismo, pero la falta de notificación a estos dos propietarios en concreto no puede ser obviada por una Institución encargada de la defensa de los derechos y los intereses de todos.

Tras concluir el trámite de información pública se abre el periodo de prueba, al que se incorporan certificaciones catastrales y registrales de las fincas en cuestión, sin embargo no se solicitaron por ninguna de las partes, ni por el Ayuntamiento, las fichas del Archivo histórico en relación con las fincas controvertidas. Su incorporación al expediente hubiera resultado muy clarificadora con la finalidad de comprobar las colindancias y los accesos que tenían cada una de las fincas originariamente. La única ficha que se ha unido al expediente indica con bastante claridad que, el inmueble al que se refiere, colinda en su fondo con calleja, tal y como se ha venido sosteniendo con reiteración por la parte reclamante.

En cuanto a los planos catastrales incorporados (en unos consta la calleja y en otros no) debemos recordar que el Catastro es un registro administrativo con efectos únicamente fiscales, y por tanto no atribuye titularidades, no siendo competencia de la Gerencia de Catastro pronunciarse sobre la titularidad de fincas ni decidir sobre sus límites. De hecho pese a que este espacio ha aparecido representado en los planos catastrales que nos ha remitido como abierto a la vía pública, durante un periodo dilatado de tiempo ha estado cerrado y tal circunstancia no ha supuesto ninguna variación en su representación catastral.

En cuanto a las NUM cuyos planos, que reflejan la existencia de la calleja, también obran unidos al expediente, debemos recordar que reiterada doctrina del Tribunal Supremo (por ejemplo la STS de 24 de abril de 1985) ha venido declarando que para probar la posesión o pertenencia de un bien, los instrumentos urbanísticos no suelen tener un relevante valor probatorio, bien sea porque sus finalidades no son coincidentes o bien por la posibilidad de que se vean alteradas las previsiones en ellos contenidas, por lo que **no constituyen prueba ni siquiera indiciaria en relación con la afectación de un bien.**

En cuanto a la abundante prueba testifical que se ha practicado nos gustaría reseñar que se alude mayoritariamente por los testigos a la existencia de un cierre (talanquera) desde antiguo en la entrada de la calleja en cuestión, señalando que por allí entraban los familiares de la denunciada y otras personas que tenían este paso como su único acceso, y refiriendo la existencia de un pleito entre las partes por la apertura al callejón de una puerta, pleito respecto del cual **ninguna de las partes ha aportado testimonio alguno** de su existencia. Resulta muy sorprendente que un hecho así sea recordado por los testigos, pero no se apunte siquiera por las partes intervinientes lo que podría haber servido para clarificar la situación analizada.



La situación de libertad de acceso por un determinado espacio resulta compatible con la existencia de una calle pública y también con la de una servidumbre de paso, o incluso con la existencia de un uso o paso tolerado. Por otra parte, alguno de los testigos aluden a su utilización exclusiva por una familia que autorizaba el paso o no, antes de la adquisición de la propiedad que se define como situada en el número XXX de la C/ XXX. Incluso en el escrito de alegaciones de la parte “denunciada” se indica que se constituyó una servidumbre por la que el n.º XXX servía al n.º XXX, hasta que se adquirió por la propiedad el segundo inmueble por lo que se habría extinguido la servidumbre en su momento constituida por confusión (artículo 546.1 Código Civil).

En cualquier caso, debemos recordar al Ayuntamiento que debe evitarse, en la medida de lo posible, que **solo con fundamento en los testimonios prestados** se resuelvan asuntos en los que deben intervenir escrituras, documentos privados o algún otro principio de prueba por escrito, tal y como dispone el art. 1248 Código Civil, como podría ser este supuesto a la vista de los datos que hemos analizado.

Como sin duda conoce el artículo 338 del Código Civil nos recuerda que los bienes o son de dominio público o de propiedad privada, de manera que, ya que el espacio controvertido ha existido con una determinada configuración durante años y es claramente un paso, si es privado solo puede ser una servidumbre, y dado que este tipo de servidumbres solo se adquieren por título (artículo 539 Código Civil) a su titular le resultaría muy fácil acreditar este extremo mediante la aportación de la correspondiente escritura (pública o privada) en la que constara su establecimiento y/ o extinción, cosa que sorprendentemente no ha hecho, pese a que la propiedad del que aparecería como fundo sirviente en esta hipotética servidumbre (nº XXX de la C/ XXX) no ha sufrido ninguna alteración, desde hace años, en su titularidad.

Además del paso, en el que parecen centrarse los esfuerzos argumentativos de las partes, hemos observado con interés las fotografías que se remitieron con la queja y también en las que son de acceso público en la Oficina virtual de Catastro, y comprobado que sobre este “paso” se abren numerosas ventanas con vistas rectas.

Nuevamente debemos acudir a las disposiciones del Código Civil que en su artículo 582 **impide** la apertura de ventanas sobre fincas ajenas si no hay dos metros de distancia entre la pared en la que se construyen y dicha propiedad. Esta previsión no resulta aplicable, conforme fija el artículo 584 del mismo texto legal, si los inmuebles están separados por vía pública, por ello la disposición de los ventanales existentes que pertenecen a distintos inmuebles, respecto de cuya situación no nos consta que haya existido ningún tipo de oposición, nos dirige más a la existencia de una calle o vía pública, en el lugar señalado que a la existencia de un espacio privado.

Igualmente puede y debe comprobar la administración si las vertientes de los tejados de las edificaciones existentes en la zona caen sobre el callejón controvertido, ya



que el artículo 586 Código Civil señala que el propietario de un edificio está obligado a construir de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre calle o sitio público y nuevamente la disposición de los tejados nos puede llevar a inclinar la balanza en el expediente de investigación respecto de la titularidad pública o privada de este callejón.

No hay ninguna prueba más (no se ha evacuado ningún informe técnico) y concluido el periodo probatorio se da vista del expediente a las partes para que efectúen sus alegaciones a la vista del contenido de las practicadas, tras lo cual presentan las mismas y se aborda la conclusión del expediente en el Pleno municipal celebrado el 22 de mayo de 2019.

En el momento en el que se va a proceder a tratar la cuestión se ausentan del Pleno la Sra. Alcaldesa y uno de los Concejales, indicando que deben abstenerse en la toma final de decisión de este procedimiento por la relación de parentesco con las partes.

Queda el Pleno municipal entonces conformado por un único miembro, que resulta ser el concejal instructor del expediente, y se resuelve que ante la ausencia de “quorum” no procede entrar en el fondo del asunto, si bien a continuación constan unas manifestaciones del propio instructor en las que señala que no hay base para pensar que el terreno sea público y que no se va a adoptar ninguna medida protectora de los eventuales derechos que pudiera ostentar la Corporación ya que el cerramiento privado no perjudica ningún derecho del Ayuntamiento.

En este punto debemos recordar al Ayuntamiento que el expediente tramitado debe concluir con un pronunciamiento de fondo y suficientemente motivado sobre la atribución o no de la titularidad del bien cuestionado a la entidad local. Obviamente son posibles también las distintas modalidades de terminación de los procedimientos administrativos que se recogen en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, desistimiento, renuncia y la declaración de caducidad, pero lo que no cabe es una ausencia de pronunciamiento como la que aquí se ha producido y una inhibición total de la obligación municipal de dictar en el expediente administrativo tramitado una resolución de fondo y que aparezca suficientemente motivada.

Por lo que respecta a la falta de quorum a la obligación de abstención de la Alcaldesa y uno de los concejales que ha dado lugar a la falta de pronunciamiento expreso en relación con el acuerdo de resolución del expediente de investigación (y que por otra parte no se produjo en el acuerdo de incoación del tan citado expediente) debemos indicarle que la obligación de abstenerse de concejales y Alcaldes por interés personal debe ser compatibilizada con la posible existencia de un **interés general superior**.



Así en algunos supuestos concretos la jurisprudencia ha apreciado que no existe deber de abstención si se defiende dicho interés superior, como por ejemplo en la STSJ de Extremadura de 12 de mayo de 1998 que razona:

“(...) Por ello hemos de concluir, al analizar la literalidad de los preceptos comentados y la Doctrina del Tribunal Supremo que la prohibición de intervención se refiere a asuntos estrictamente privados. En consecuencia el concejal podía intervenir en la votación en la que se acordaba su dedicación exclusiva al no concurrir la causa de abstención prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo, toda vez que la misma solo concurre cuando el asunto es exclusivamente privado, pero no cuando es eminentemente público o institucional. (...) Incluso cuando este interés personal es muy acentuado, como lo es en el caso contemplado en la STS de 25 de junio de 1991, con el otorgamiento de una licencia para una finca particular propia para construir un vertedero cobrando un arrendamiento, el Alto Tribunal trae a colación otros datos, como es si tal acuerdo es o no conforme a los intereses públicos (...)”.

En el caso analizado la cuestión se dirige a establecer si existe o no, una ocupación por particulares de bienes de dominio público (inalienables, inembargables e imprescriptibles) que deben ser defendidos por la entidad local frente a cualquier usurpación, por ello creemos que debe prevalecer el interés superior de la administración frente a los intereses particulares de Alcaldesa y/o Concejal en los que eventualmente concurriría el deber de abstención y por ello parece recomendable que ambos intervengan en los acuerdos que den inicio y/o pongan fin al precitado expediente, o en cualesquiera otros en los que se planteen situaciones similares. Entenderlo de otro modo supondría que nunca se podría resolver la cuestión planteada hasta la salida de la Corporación de estas personas, postergando así el interés general y supeditándolo a las circunstancias personales de los miembros de la Corporación, cuando existe un claro interés público que demanda la necesaria adopción de un acuerdo municipal al respecto.

Así las cosas nos consta, por la documentación que hemos manejado en este expediente, que el espacio de terreno controvertido ha accedido al Registro de la Propiedad formando parte de las fincas a las que hemos hecho constante alusión a lo largo de nuestro escrito, por lo que la conclusión del expediente de investigación no podría traer aparejada en ningún caso la posterior recuperación de oficio del terreno controvertido. Por ello creemos que la administración a la que nos dirigimos debe plantear ante la jurisdicción civil que resulte competente la correspondiente demanda en ejercicio de acciones reivindicatorias y de rectificación de los asientos registrales disconformes y esa es la recomendación que vamos a dirigir a esa administración, pues esta es la única vía de obtener un pronunciamiento definitivo sobre la titularidad controvertida, que en definitiva es el interés que más claramente subyace en el presente expediente.



Como VI quizá sabe el Registro de la Propiedad carece de base fáctica fehaciente, ya que reposa sobre simples manifestaciones de los otorgantes, **por lo que queda fuera de la garantía que presta cuantos datos registrales se corresponden con hechos materiales**, tanto a efectos de fe pública como de legitimación registral, sin que responda de la exactitud de los datos y circunstancias de puro **hecho** ni, por consiguiente, de los descriptivos de las fincas, entre los que se encuentran los linderos - STS 1 octubre de 1991 y 6 de julio de 1992, entre otras-.

Por último, recordar que el artículo 68 LBRL faculta a cualquier vecino que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos a ejercitar en sustitución de la entidad local que permanece inactiva, las acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de la misma, y que dicho vecino, de prosperar la acción, tendrá derecho a ser reembolsado por la entidad local de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran ocasionado.

En virtud de todo lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común consideramos oportuno formular la siguiente Resolución:

Que por parte de la Corporación municipal que VI preside, se valore la posibilidad de revisar de oficio los acuerdos adoptados en el ejercicio de la potestad investigadora respecto del callejón situado entre los números XXX y XXX de la C/ XXX de su localidad, puesto que se han dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido- artículos 47.1.e) y 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común-.

Que en su caso se tramite un nuevo expediente de investigación, o un estudio previo al ejercicio de la potestad investigadora, cumpliendo para ello con los trámites y requisitos previstos en el RBEL en cuanto a las diligencias que deban incorporarse, la adecuada notificación a los posibles afectados y la motivación de todos los actos administrativos que conformen el precitado expediente, incluida la resolución que ponga fin al mismo, de manera que se garantice por parte de la entidad local no solo el interés general, sino también los derechos de todos los vecinos.

Que, en su caso, se plantee la cuestión analizada en este expediente ante los órganos de la jurisdicción civil que resulten competentes, resolviendo así definitivamente y sin mayor dilación la controversia generada y que ha motivado la intervención de esta Defensoría.

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de



PROCURADOR DEL COMÚN
DE CASTILLA Y LEÓN

la Institución.

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN

Tomás Quintana López