



Ayuntamiento de XXX
(Burgos)

Asunto: Expediente recuperación oficio/ Disconformidad

Ilmo. Sr.:

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 **4309/2021**, 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 posible tramitación irregular, por parte de esa administración local, de un expediente de recuperación de oficio en relación con un espacio ubicado en la C/ XXX de su localidad.

Según manifestaciones del autor de la queja, la entidad local habría tramitado el expediente, con vulneración del procedimiento establecido y desconociendo los derechos de los ciudadanos afectados.

Iniciada la investigación oportuna, se le solicitó información en relación con las cuestiones planteadas en aquella.

En atención a dicha petición de información se remitió informe en el cual se hacía constar:

“Recibido en el Ayuntamiento de XXX solicitud de envío de expediente de recuperación de bienes de dominio público en la C/XXX de XXX.

1.- Indicar que el citado expediente de recuperación se inició por el Ayuntamiento de XXX a instancia de parte, recibida denuncia formal, instando al Ayuntamiento a actuar.

2.- Que previo al inicio del expediente se ofreció la posibilidad de modificar el sentido de las puertas exteriores o retirarlas para evitar así la invasión de la vía pública C/XXX de XXX.

3.- El expediente se tramita y se da por finalizado al recibir a través de correo electrónico en el Ayuntamiento la comunicación del cambio de apertura de las puertas que invadían la vía pública, hecho que se produjo días después”.



Dimos traslado de este informe a la parte interesada, para que presentara todas las alegaciones que entendiera pertinentes en defensa de la postura que ha mantenido ante esta Defensoría, trámite que se evacuó señalando que nunca ha pretendido que la Institución determinara si las puertas en conflicto invadían o no el espacio público, sino poner de manifiesto que el Ayuntamiento ha actuado, en este supuesto, al margen de todo procedimiento y ha provocado en la parte reclamante una situación de absoluto desamparo e indefensión.

Entiende que la Administración local, en este caso, no contaba con elementos de juicio suficientes para dar inicio a un expediente de recuperación de oficio, y así se le puso de manifiesto en el escrito de alegaciones evacuado, señalando que la construcción efectuada se había retranqueado más de 0,75 metros de la vía pública, y que la licencia de final de obra se otorgó por esa administración con las puertas puestas, por lo que todos, constructor, técnicos y Ayuntamiento, asumieron que lo construido se corresponde con el proyecto otorgado y con las certificaciones de Catastro, pues de lo contrario el Ayuntamiento habría intervenido.

Añade que ha solicitado del Ayuntamiento en numerosos escritos que iniciara un procedimiento de deslinde entre la propiedad controvertida y la vía pública, para establecer con claridad los límites y puesto que ya existen antecedentes de esta situación en la localidad (algún vecino lo ha solicitado y se le ha concedido) sin que la Administración local haya atendido ninguno de estos requerimientos.

Igualmente ha manifestado la existencia de muchas otras puertas que abren hacia fuera, incluso en la misma urbanización o zona, aportando al efecto las correspondientes fotografías y nunca el Ayuntamiento ha iniciado procedimiento alguno para su eliminación o cambio, lo que pone de manifiesto una evidente desigualdad.

Señala que nunca se ha dado respuesta a ninguna de las alegaciones ni escritos presentados y ante esta situación y temiendo la intervención municipal sobre las edificaciones para eliminar las citadas puertas, se procede al cambio pretendido por el Ayuntamiento, pero sin que ello suponga que se asuma la “ilegalidad o incorrección” de las mismas.

Insiste en que la petición formulada ante esta Defensoría era por la actuación del Ayuntamiento, que en este caso ha obrado, según refiere, sin ninguna objetividad, sin contestar a las alegaciones presentadas y separándose totalmente del criterio seguido con otros administrados.

A la vista de la información recabada procede efectuar algunas consideraciones, sin bien no podemos dejar de mencionar que el ámbito del presente análisis queda al



margen de dilucidar la posible titularidad privada o pública de la franja de terreno que fue objeto del expediente de recuperación de oficio, toda vez que dicha competencia corresponde en exclusiva a la Jurisdicción civil.

Es decir, ninguna duda cabe que el único pronunciamiento definitivo y con efecto de cosa juzgada sobre la titularidad de la franja de terreno en cuestión corresponde efectuarlo en exclusiva a los Juzgados y Tribunales Civiles.

Nuestra misión se limitará, como no podía ser de otra manera, a realizar una valoración jurídica de la actuación de la entidad local. Para corroborar lo afirmado podemos traer a colación la STS de 9.5.1997, que señala:

“Corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el pleno control de la legalidad del acto administrativo que acuerda la demolición del cerramiento que, para ajustarse a Derecho, debe encontrar su justificación en el adecuado ejercicio de la potestad administrativa de recuperación de oficio de los bienes demaniales de las entidades locales. En efecto, conforme al artículo 82.a) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen local, Ley 1/85, de 2 de abril, y 44 y 70 del Reglamento de Bienes, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, dichas entidades gozan, respecto de sus bienes, de la prerrogativa de recuperar su posesión en cualquier momento cuando se trate de los de dominio público. Ahora bien, tal prerrogativa se traduce en una medida provisoria orientada a la defensa de la posesión de tales bienes con reserva, en todo caso, a la jurisdicción civil de la determinación definitiva de los derechos de propiedad. Consecuentemente, no ejercita la Administración, en este caso municipal, una acción reivindicatoria sino que utiliza una potestad enmarcada dentro del régimen exorbitante de los bienes de dominio público para su defensa posesoria y siempre a reserva de la eventual decisión sobre la propiedad, la titularidad y la extensión del dominio público en relación con las propiedades colindantes”.

Sentado lo anterior, encontrándonos ante un expediente de recuperación de oficio de bienes, es preciso es recordar la normativa que regula tales expedientes, así como los criterios que la jurisprudencia considera aplicables a los mismos para poder acordar administrativamente la recuperación de un bien, ya que sólo así podrá esta Procuraduría examinar si la tramitación del aludido en este caso es o no conforme a derecho.

El artículo 82 de la Ley 7/1985 de 2 de abril Reguladora de las Bases de Régimen Local, prevé que: *“Las entidades locales gozan, respecto de sus bienes de las siguientes prerrogativas: La de recuperar por sí mismas su posesión en cualquier momento cuando se trate de los de dominio público y, en el plazo de un año, los patrimoniales”.*



Respecto del procedimiento a seguir para dicha recuperación, el artículo 71 del RBEL prevé: *“El procedimiento para la recuperación de la posesión podrá iniciarse a través de las formas previstas en el artículo 46”*.

Por lo tanto, se remite a las modalidades de iniciación del procedimiento que da lugar al ejercicio de la acción investigadora, que establece: *“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, por lo tanto, 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 (recuperatoria en este caso) 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 de recuperación de oficio corresponde única y exclusivamente a la Corporación local**, lo que significa que la denuncia de un particular (como la que, al parecer, aquí se ha producido) 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 recuperación de oficio o 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.

Y este es el punto en el que existe una discrepancia más evidente entre el Ayuntamiento y la parte reclamante, ya que se sostiene por esta última que no existía ninguna justificación que amparara el ejercicio de esta acción recuperatoria por parte del Ayuntamiento y que se omitió totalmente no solo el procedimiento, sino las alegaciones de la parte reclamante, actuando con absoluta arbitrariedad.

En este sentido debemos recordar que nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado con reiteración sobre el procedimiento a seguir para la recuperación de oficio de los bienes por parte de las entidades locales, sentando jurisprudencia constante que se recoge, por ejemplo, en la STS 23-3-99, al señalar:



“(…) De lo antes expuesto se desprende que el presente recurso nos enfrenta con un acto en que la Administración Pública ha hecho ejercicio de la potestad de autotutela conservativa que el ordenamiento jurídico le confiere para proteger la situación de los bienes de dominio público, protección que tiene su expresión máxima en la potestad para recuperar por sí misma, sin necesidad de acudir a la tutela judicial, la posesión de tales bienes si tal posesión ha sido objeto de perturbación o despojo, potestad que ha sido calificada de interdicto administrativo (interdictum proprio) y que como tal potestad, y no simple facultad, no es de índole discrecional sino de obligado ejercicio, ejercicio que además carece de límite temporal pues puede efectuarse en cualquier momento dada la imprescriptibilidad del dominio público.

Es doctrina jurisprudencial reiterada la de que en ejercicio de esta potestad recuperatoria de bienes demaniales está sujeta a dos requisitos fundamentales: 1) demostrar que los bienes usurpados son del dominio de la administración que ejerce la facultad, y 2) El uso público debe haber sido obstaculizado por la persona contra la que se dirige la potestad recuperatoria (Cfr. STS 2 de junio de 1987, 17 de julio de 1987, 2 de junio y 30 de diciembre de 1986, 2 de febrero de 1982 y 3 de octubre de 1981)”.

En esta misma línea de interpretación insiste la STS 14-5-2002 cuando recuerda las condiciones exigidas para ejercer esa facultad recuperatoria por parte de la Administración local: *“La primera de esas condiciones es, justamente, que el bien objeto de recuperación no sólo esté previamente identificado sino que haya venido siendo poseído de hecho por la Administración municipal en circunstancias tales que resulte acreditado su previo uso público, esto es, su afectación real al concreto destino que justifica la inclusión de dicho bien en el dominio público (en este mismo extremo insiste la STS de 14.10.98).*

La segunda, que es propia de cualquier interdicto, consiste en la existencia de una perturbación de la posesión por parte de terceras personas (...)

La tercera condición es seguir el procedimiento previsto en el artículo 71.1 del RBEL, sin que la remisión que en él se hace al artículo 46 pueda ir más allá de las formas de iniciación. En lo demás, los trámites quedan cubiertos por el acuerdo previo de la Corporación y la audiencia de los interesados”. Cfr. STS 3.3.2004.

Resumiendo la jurisprudencia citada, los requisitos que deben concurrir de forma cumulativa son los siguientes: constancia de la condición demanial del bien que se trata de recuperar por la administración, la acreditación de una posesión pública anterior con destino a un uso público y la existencia de una usurpación reciente.



Pues bien, corresponde ahora examinar la documentación que forma parte del expediente administrativo analizado y que nos ha remitido el Ayuntamiento, en ella constan los siguientes documentos:

- Providencia de Alcaldía 22 de diciembre de 2020, que dispone se emita informe sobre legislación aplicable en relación con el procedimiento a seguir para proceder a una recuperación administrativa.

- Informe de Secretaría (23 de diciembre de 2020).

- Resolución de Alcaldía 8 de enero de 2021 para que se emita informe técnico.

- Informe técnico de fecha 08 de marzo de 2021.

- Escrito de emplazamiento y audiencia al interesado de fecha 19 de marzo de 2021.

- Alegaciones de la parte interesada (registro de entrada 20-04-21)

- Consta un informe propuesta de Secretaria en relación con las alegaciones presentadas fechado el 12 de mayo de 2021 (no consta su notificación a la parte interesada).

- Por último nos ha remitido el Ayuntamiento la copia de un correo electrónico remitido por la parte interesada en el que comunica al Ayuntamiento su intención de cambiar el modo de apertura de las puertas (fechado el 16/04/2021 y por lo tanto anterior al informe propuesta que se nos ha remitido), pero señalando expresamente que esto no supone que el expediente de recuperación de oficio no deba seguir su curso.

Se afirma tanto en la queja como en el informe municipal que estamos ante un expediente de recuperación de oficio –artículo 71 RBEL-, pero si esto es así debemos resaltar que no tenemos constancia de la existencia del Acuerdo de Pleno por el que se acordó dar inicio a este expediente. Contamos, no obstante, con una referencia indirecta a que tal Acuerdo de Pleno existió, puesto que así se indica en la comunicación (de fecha 08/01/2021) efectuada a la persona interesada y que ha sido aportada entre la documentación unida al escrito de queja inicial.

Se alude, en esta comunicación, a un Acuerdo unánime de la Corporación de fecha 29 de diciembre de 2020, mediante el que se decide dar inicio al expediente de recuperación de oficio de bienes de dominio público al que continuamente nos estamos refiriendo.



Si las fechas que se refieren en esta comunicación son correctas, el Acuerdo de Pleno se habría adoptado sin examinar el informe técnico (que se solicitó y elaboró en fechas posteriores al Acuerdo, en concreto en marzo de 2021) y por lo tanto sin que existiera la plena acreditación de las razones por las que procedía este expediente y no cualquier otro vistas las alegaciones presentadas por la parte requerida tras el escrito previo conminatorio (comunicación previa o advertencia como lo denomina el Ayuntamiento) que le dirigió esa Administración con fecha 28 de octubre de 2020 (salida 59/2020).

Tampoco consta, que el Acuerdo de Pleno le fuera notificado a la parte “*presuntamente usurpadora*”, y este extremo resulta muy importante ya que el Acuerdo de iniciación debe obligatoriamente contener varias referencias, entre ellas la descripción del bien a recobrar, la acreditación de la posesión pública, y una descripción de los hechos o circunstancias por los que se aprecie la usurpación, y del mismo debe darse traslado al interesado para que alegue lo que a su derecho le convenga, pues de no hacerlo la indefensión sería patente.

El escrito enviado a la interesada con fecha 08 de enero de 2021 no cumple con los anteriores requisitos, no contiene ni la descripción del bien público presuntamente invadido y nada se indica sobre la posesión pública, ni de los hechos o circunstancias que motivarían que, en este supuesto concreto, se aprecie la existencia de usurpación o perturbación en el dominio público local.

Así las cosas, creemos que tiene razón a la parte reclamante al señalar que toda esta actuación municipal le ha llevado a una situación de indefensión, ya que no solo se ha omitido el procedimiento establecido sino que tampoco se ha dado respuesta a los escritos presentados, a los que el Ayuntamiento debió dar el tramite pertinente y ello sin perjuicio de que el “*expediente de recuperación de oficio 1/2021*” concluyera por decisión de la parte reclamada, que se avino a retirar las puertas que, siempre según la versión municipal, ocupaban el espacio público.

Se alude insistentemente en la queja a la existencia de una cierta desigualdad en el trato que ha dispensado ese Ayuntamiento a la parte reclamante en este caso, y a su inactividad o pasividad por la existencia de otras posibles “ocupaciones” similares a la referida en este momento que, pese a que se han puesto de manifiesto ante ese Ayuntamiento, no han motivado ninguna actuación municipal.

Obviamente no podemos revisar la adecuación a derecho de la actuación del Ayuntamiento en relación con estas otras situaciones puesto que no nos consta que se hayan tramitado expedientes al respecto y, por ello, tampoco resulta posible para esta Defensoría efectuar ninguna comparación, en términos que permitan deducir o inferir que



se ha vulnerado el derecho a la igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución Española, tal y como se plantea por la parte reclamante.

No obstante, en relación con lo anterior, consideramos oportuno apuntar que el derecho a la igualdad debe partir del inexcusable cumplimiento de la legalidad, lo que supone que cuando se solicita ante el Ayuntamiento, como aquí parece que se ha hecho, una intervención por presuntas ocupaciones de espacios que se definen en la reclamación como públicos, la Administración local responsable debe actuar, y ello independientemente del contexto en el que se plantean estas denuncias. Es decir, aunque, como parece en esta ocasión, constituya una reacción derivada del previo expediente recuperatorio incoado (a modo de denuncia reconvencional), en un posible intento de resaltar la incoherencia de la actuación municipal, muy activa en unos casos y pasiva en otros, siempre según se afirma en la queja.

Como V.I. conoce, las administraciones locales tienen la obligación legal de defender sus bienes -artículo 68 Ley de Bases de Régimen Local-, pero esta obligación solo alcanza cuando la ocupación del patrimonio público aparece como clara e indubitada, sin que deba la entidad local plantear ningún tipo de acción cuando carece de fundamento o pueda estar abocada al fracaso. Queremos decir con ello que, al amparo del precepto citado, no deben realizarse actuaciones y/o conflictos insostenibles y sin fundamento que supongan temeridad, o dicho de otro modo, que la entidad local no tiene la obligación de actuar la recuperación de oficio si considera que no es procedente.

Por ello, con absoluta prudencia y vistos los pocos datos que conocemos de las ocupaciones denunciadas en este caso (solo se nos han remitido fotografías en las que consta la calle en la que supuestamente se produciría esta situación de apertura de puertas hacia el exterior), creemos que el Ayuntamiento no debe rechazar, *ab limine*, es decir, sin realizar ninguna actuación previa, la posibilidad de incoar “de oficio” la potestad de recuperación prevista en los artículos 70 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades locales, ya que si los espacios físicos referidos en la denuncia ciudadana fueran espacios de dominio público, los mismos serían imprescriptibles, con independencia del tiempo de que lleven instaladas cada una de las puertas referidas.

Creemos que en relación con cada una de las ocupaciones denunciadas debe existir, al menos, una actuación municipal que permita clarificar la situación jurídica existente, ya que las entidades locales, conforme al artículo 68 de la LBRL, tienen la obligación de ejercitar todos los medios, acciones y recursos en defensa de sus bienes y derechos.

No obstante, es cierto que habitualmente la apertura de puertas hacia el exterior, salvo cuando están previstas como obligadas para facilitar las evacuaciones y las salidas



de emergencia de establecimientos públicos, suponen un entorpecimiento de la circulación, ya sea rodada o peatonal, por las vías públicas a que dan salida, con lo que pueden suponer de riesgo de accidentes, y por lo tanto son una solución constructiva no deseable. Es por ello que las respuestas administrativas que se vienen produciendo ante este tipo de situaciones suelen oscilar entre la prohibición expresa en las ordenanzas o normas municipales sobre edificación, y por ello el condicionamiento de las licencias al respeto de esa limitación o, en su caso, el gravamen de las mismas por lo que suponen de esporádica ocupación de la vía pública.

Por último, debemos insistir en que resulta necesario que facilite respuesta expresa a todos los escritos y solicitudes que se le ha dirigido la parte interesada, que hasta el momento no hayan sido atendidos por esa Administración en cumplimiento de las obligaciones legales que se extraen de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Como conoce perfectamente las obligaciones que derivan del derecho de la ciudadanía a una buena administración se concretan en la obligación de dar respuesta, en un plazo de tiempo razonable, a las solicitudes formuladas sin perjuicio del contenido material y fundamentación jurídica que pudiera tener dicha contestación formal. Además el artículo 12.2 de la Ley 2/1994, de 9 de marzo, señala que el Procurador del Común debe velar especialmente por el cumplimiento del deber impuesto a las Administraciones de resolver expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados.

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 V.I. preside, en el futuro en tramitación de los expedientes de recuperación de oficio que se inicien por esa Administración, se ajuste estrictamente a los trámites y requisitos previstos en la normativa aplicable, especialmente en cuanto a las notificaciones de las actuaciones que se realicen a los interesados para evitar que se provoquen situaciones de indefensión.

Que, en su caso, se valore la posibilidad de tramitar los expedientes que resulten necesarios en relación con las posibles ocupaciones de espacios públicos en los lugares a los que se refieren los escritos de alegaciones presentados durante la tramitación del expediente de referencia (XXX), ajustándose para ello a lo dispuesto en los artículos 70 y siguientes del RBEL.



Que se estudie la conveniencia o necesidad de aprobar una normativa municipal que prohíba expresamente la apertura de puertas hacia el exterior, con excepción de los establecimientos que por razones de seguridad así lo requieran, o establezca, en su caso, un gravamen fiscal sobre estas y otras similares ocupaciones esporádicas del dominio público municipal.

Que se facilite, si no se ha hecho aún, respuesta expresa a los escritos presentados por la parte interesada en relación con el tema que nos ocupa, ajustándose en adelante y respecto de las solicitudes que le presentan los ciudadanos a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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 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