



Excmo. Ayuntamiento XXX
Ilmo. Sr. Alcalde
XXX
(Ávila)

Asunto: Derribo de cerramiento de piedra / zona de afección de carretera provincial / Resolución

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 **426/2022**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

Dicho expediente se refería al derribo y retirada del material que formaba parte de un antiguo cerramiento de piedra que delimitaba la finca ubicada en XXX (referencia catastral XXX), colindante con la carretera provincial XXX.

El autor de la queja exponía que, sin conocimiento del propietario de la finca, el Ayuntamiento había procedido a demoler y retirar una valla de piedra centenaria de 80 metros de longitud que delimitaba el perímetro del terreno.

Requerido el Ayuntamiento para que repusiera el cerramiento y reparara el daño causado, había comunicado al interesado con fecha XXX que *“por parte de este Ayuntamiento se retiraron los escombros y piedras de anteriores cerramientos, ubicados en la zona de afectación, zona de dominio público, es decir, este Ayuntamiento asumió sus obligaciones ante la dejadez y falta de cumplimiento por su parte. En este sentido manifestar que por parte de este Ayuntamiento no se ha ordenado demoler ni se ha demolido ninguna construcción sino que únicamente se retiraron restos de piedras y escombros que, indebidamente y poniendo en riesgo la seguridad vial, se encontraban en una zona de dominio público. (...).*

Primero. No hubo lugar a la expedición de licencia de ningún tipo respecto de la eliminación de la zona de dominio público de los restos de escombros y materiales a los que en su solicitud aduce pues los mismos fueron retirados a fin de garantizar la seguridad vial en ejercicio de la responsabilidad que a esta administración compete, y en todo caso, frente a su incumplimiento previo.



Segundo: En cuanto al establecimiento del límite físico de la finca de su propiedad, este Ayuntamiento ha solicitado a la Diputación Provincial la realización del reperfilado de la cuneta a fin de aclarar los límites, obligaciones y responsabilidades sobre la misma, comunicándose a este Ayuntamiento que se ha trasladado dicho escrito a la empresa adjudicatario del contrato de XXX, al objeto de iniciar dichos trabajos de delimitación de la explanación de la carretera provincial XXX pudiendo efectuarse mediante la señalización de hitos o mojones”.

Continuaba señalando que después de varias conversaciones el Alcalde había reconocido su error y, junto con el técnico del organismo provincial que ha firmado el informe, se había comprometido a dar una solución al problema, aunque por el momento no se había llevado a cabo ninguna actuación.

Aportaba las reclamaciones presentadas con fechas XXX (XXX) y XXX (XXX), del informe técnico solicitado a la Diputación Provincial de Ávila emitido el XXX y de la comunicación del Ayuntamiento de XXX.

Admitida a trámite la queja, esta Defensoría solicitó información tanto del Ayuntamiento como de la Diputación Provincial de Ávila.

El informe municipal señala:

«PRIMERO.- El Ayuntamiento de XXX (Ávila) no pudo realizar ningún expediente administrativo estricto sensu puesto que la Secretaria de entonces se encontraba de baja XXX, y tampoco se cursó ninguna comunicación escrita dirigida a la Excm. Diputación Provincial, ni al propietario colindante, esto es, (...) (XXX). Adjunto se acompaña justificante XXX, como documento núm. 1.

No obstante, se adjuntan todos los documentos obrantes en este Ayuntamiento en relación con el citado asunto, como bloque documental núm. 2.

Así mismo se adjuntan fotografías tomadas de Google Maps y situación de partida en documento núm. 3.

SEGUNDO.- Sin embargo, dada la naturaleza de las circunstancias, lo que se hizo por parte del Ayuntamiento fue proceder a la limpieza y desescombrado del margen de la carretera XXX (XXX) debido a que el vertido o empuje intencionado y la caída de piedras y escombros a la carretera por la que circulan los vehículos, suponía un riesgo enorme y un peligro constante para los usuarios de la vía.

Los escombros y piedras que conformaban una pseudolínea no cumplían lo exigido en la autorización emitida por la Excm. Diputación provincial en el año XXX, en el que se le comunicaba que debía dejar libre y expedita la zona de afección al



domino público un mínimo de 10 metros desde el eje de la carretera, de lo contrario contravendría la prescripción de retranqueo.

En virtud de la solicitud realizada por (...) a la Excm. Diputación de Ávila, la propiedad realizó un vallado respetando los preceptivos diez metros al eje de la carretera. Y entre este vallado y la carretera quedaron las referidas piedras y escombros que este Ayuntamiento limpió por entrañar un peligro para la vía pública y ante la pasividad de la propietaria colindante (...).

TERCERO.- Según contestación realizada por la Excm. Diputación Provincial de Ávila al escrito realizado por el Ayuntamiento XXX en XXX para dar contestación al escrito de (...), la Diputación contesta:

1.- Con respecto a la cuestión planteada de “delimitación de las propiedades, el mantenimiento de linderos de obra (piedra, hormigón o cualquier material constructivo), así como quien el régimen de responsabilidades que sobre el mismo pesa”, conviene señalar lo siguiente: “La reconstrucción de un elemento retirado totalmente no ha lugar, al incidir sobre la zona de dominio público de la carretera provincial y contravenir lo dispuesto en la Ley 10/2008, de 9 de diciembre, de Carreteras de la Comunidad de Castilla-León, respecto a la afección a la zona de dominio público”.

La delimitación del terreno, propiedad del titular de la parcela XXX podría efectuarse mediante la señalización de hitos o mojones, pero no mediante la construcción de cerramientos o muros de hormigón; puesto que tal actuación contravendría la prescripción de retranqueo fijada en la autorización concedida, con fecha de XXX (Nº XXX), por parte de esta Diputación Provincial

2.- Por otro en relación a la solicitud de perfilado de la cuneta contestó:

Con respecto a la solicitud efectuada de “realización del reperfilado de la cuneta a fin de aclarar los límites, obligaciones y responsabilidades sobre la misma”, le comunico que se ha trasladado de dicho escrito, a la empresa adjudicataria del contrato XXX, al objeto de iniciar dichos trabajos de delimitación, de la explanación de la carretera provincial XXX.

***En consecuencia,** desde la Excm. Diputación de Ávila ya se ha indicado que, sin perjuicio de la propiedad, límites o linderos del titular colindante a la vía pública, en definitiva, no se podía mantener ningún elemento que contraviniese la zona de retranqueo o afección al domino público que debe tener un mínimo de 10 metros medido desde el eje de la carretera, sin perjuicio del establecimiento de un hito o mojón señalizador de la propiedad, pero nunca con un murete derruido o una pseudo línea de escombros (que en ningún caso constituye un elemento constructivo de piedra centenaria de 80 metros de longitud, como interesadamente se ha llegado a afirmar por (...)).*



CUARTO.- Sin perjuicio de lo anterior, a este Ayuntamiento no le consta que la propietaria de la parcela colindante o anteriores propietarios, hubieran solicitado la preceptiva licencia de vallado para delimitar su propiedad de la vía pública (lo que (...) denomina interesadamente muro de piedra centenario). Es más, en ningún momento se ha acreditado que existiese tal licencia del presunto muro lindero con la vía pública, licencia de obra para erigir el vallado autorizado por la Excm. Diputación de Ávila a 10 metros del eje de la carretera.

QUINTO.- Finalmente, llama poderosamente la atención que (...) figura en el Registro de la Propiedad XXX, con una superficie tan sólo de XXX m² y sin embargo en Catastro figuran XXX m², esto es, hay una diferencia de XXX m². Esta diferencia de superficie podría incardinarse en el terreno existente entre la superficie de propiedad que actualmente posee vallada (...) y los límites que constan en Catastro que colindan con la vía pública.

Luego, todo induce a pensar que en realidad (...) sí es propietaria de XXX m² de superficie, pero no de los XXX m² que figuran en Catastro (salvo que se acredite la adquisición de ese exceso), porque la parcela no puede haber “crecido” hacía la carretera o vía pública, toda vez que, los bienes de dominio público son imprescriptibles, y en ningún supuesto, con la mera tenencia de la posesión de ese trozo de terreno y el trascurso del tiempo, se podría haber usucapido ese exceso de cabida (esto es, esos XXX m² de diferencia entre la superficie catastral y la registral) que presenta la propiedad. Por ello, sin ningún género de dudas las piedras que este Ayuntamiento ha desescombrado, seguramente ni tan siquiera formasen parte de la propiedad de (...), y por tanto, tampoco podrían contar con licencia de vallado alguna, puesto que se ubicarían en dominio público y por tanto no se podría haber obtenido en ningún caso.

*SEXTO. En definitiva, **ningún perjuicio se ha causado a (...)**, puesto que el Ayuntamiento ha procedido por sus propios medios a la limpieza y desescombrado de la zona, toda vez que, (...) no lo ha hecho tal y como se desprendía de la autorización de vallado de la Excm. Diputación de Ávila y ante la necesidad de ejecutar la limpieza por el peligro que suponía para los usuarios de la vía pública.*

Por tanto, el verdadero perjudicado es el Ayuntamiento XXX que ha soportado los gastos de desescombro».

Del informe remitido de la Diputación Provincial de Ávila cabe destacar lo siguiente:

“I. Con fecha de XXX (XXX), la Diputación Provincial de Ávila concedió a (...) autorización para la ejecución de un cerramiento en la parcela catastral XXX, colindante con la carretera provincial XXX. Dándose traslado de dicha autorización también al Ayuntamiento XXX (Ávila)”.



Fig. 1 (Emplazamiento de las parcela y disposición de cerramientos) y Fig. 2 (Detalle de los cerramientos de la parcela XXX).

“Uno de los condicionantes establecidos en la autorización, de fecha de XXX (Nº XXX), determinaba que el nuevo cerramiento debía quedar ubicado a una distancia mínima de 10 metros respecto al eje de la carretera.

II. Con fecha de XXX (Nº XXX) se remite oficio del Ayuntamiento XXX y copia del escrito presentado por (...) por el cual se solicita informe respecto a la autorización concedida en su día por el Servicio de Vías y Obras de esta Diputación Provincial para el cerramiento de la parcela catastral XXX.

III. Con fecha de XXX (Nº XXX) se remite informe del Servicio de Vías y Obras de esta Diputación Provincial respecto a la autorización concedida, con fecha de XXX (Nº. XXX), para el cerramiento de la parcela catastral XXX, y copia de dicha autorización.

IV. Con fecha de XXX (Nº XXX) se presenta escrito por parte de (...) por el cual se solicita copia de los expedientes administrativos respecto a las autorizaciones concedidas por la Excm. Diputación Provincial de Ávila, para ejecución de obras y cuyo promotor sea (...).

V. Con fecha de XXX (Nº XXX) se remite copia de la autorización fecha de XXX, nº XXX, referida en el punto I, único expediente obrante en el Servicio de Vías y Obras de esta Diputación Provincial, referente al cerramiento de la parcela catastral XXX.

VI. Con fecha de XXX (Nº XXX) se presenta escrito por parte de (...), por el cual se solicita la reposición del vallado y reparación de daños causados por la retirada del cerramiento de su parcela”.

Añade que «por parte de la Diputación Provincial de Ávila no se ha dado orden alguna al propietario del terreno (correspondiente con la parcela de referencia catastral XXX) para proceder al derribo del cerramiento delimitador de su parcela (mostrado anteriormente, en las Fig.1 y Fig.2, como “restos de cerramiento existente”).

Por parte de la Diputación Provincial de Ávila no se ha autorizado, ni ordenado, al Ayuntamiento XXX para realizar ninguna actuación referente al derribo o retirada del cerramiento delimitador de la parcela con referencia catastral XXX».

«Que en la solicitud original de (...) presentada en el Registro General de esta Diputación Provincial con fecha de XXX (Nº XXX), el interesado solicitaba autorización para ejecutar obra en el cerramiento de la parcela catastral XXX, interesando la “rehabilitación de la valla existente sin modificar en posición” (Documento nº 1).



Que en la autorización concedida por esta Diputación Provincial, con fecha de XXX, no se concedió a (...) lo solicitado en el escrito anteriormente referenciado, sino que se dictaminó que el cerramiento de la parcela catastral XXX debía quedar retranqueado y ubicado a una distancia de 10 metros, respecto al eje de la carretera provincial XXX.

Que en la autorización concedida por esta Diputación Provincial, con fecha de XXX, no se dictaminó la necesidad de retirada del cerramiento original, pero tampoco se determinó la posibilidad de su conservación o mantenimiento; hecho que pudo estar motivado por que dicho cerramiento incidía directamente sobre la explanación de la carretera provincial XXX, estando el mismo fuera de ordenación.

Que los condicionantes marcados en la autorización concedida no fueron recurridos en su día por (...), y el nuevo cerramiento de la parcela se ejecutó conforme a las prescripciones determinadas en la autorización de esta Diputación Provincial.

En la imagen siguiente puede observarse como la base del cerramiento original se encontraba emplazada en la zona de dominio público de la carretera provincial, la tipología del cerramiento existente (a fecha de XXX); y puede observarse también como en dicho cerramiento no se han venido efectuando labores de conservación, ni de mantenimiento.

Fig. 3 Detalle del cerramiento retirado

Que esta Diputación Provincial tuvo conocimiento de la retirada del cerramiento de piedra, en la finca colindante con la carretera provincial XXX, término municipal de XXX a través del oficio y escrito remitidos desde el Ayuntamiento XXX (Documento nº 3 y documento nº 4). No habiendo intervenido, en modo alguno, en la retirada del mismo.

Que tal y como se informó con fecha XXX (Documento nº 5), el espacio comprendido entre la arista exterior de la explanación de la carretera y el retranqueo del nuevo cerramiento sigue siendo propiedad del titular de la parcela, pero con el condicionante establecido en la autorización y lo determinado en la actual Ley 10/2008, de 9 de diciembre, de Carreteras de la Comunidad de Castilla y León.

Que tal y como se informó con fecha XXX (Documento nº 5), la delimitación del terreno, propiedad del titular de la parcela XXX, podría efectuarse mediante la señalización de hitos o mojones (según se ha manifestado de forma verbal al interesado), pero no mediante la construcción de cerramientos o muros de hormigón: puesto que tal actuación contravendría la prescripción de retranqueo fijada en la autorización concedida, con fecha de XXX (Nº reg. salida: XXX), por parte de esta Diputación Provincial.



Que esta Diputación Provincial dio orden verbal, a la empresa de conservación de carreteras, para el reperfilado de la cuneta, tal y como solicitaba el Ayuntamiento de XXX en su escrito de fecha XXX (Documento nº 3). Sin embargo, tal actuación no se llevó a cabo debido a la existencia de una línea de alumbrado, sobre la zona de dominio público de la carretera, que dificultaba la realización de dichos trabajos.

Que la reposición de las cosas a su estado original, como solicita el interesado, no es posible por dos hechos principales: primero por la ausencia de los materiales originales que conformaban el cerramiento retirado por el ayuntamiento, y segundo porque dicha reconstrucción iría contra lo dictaminado en la autorización concedida originariamente por esta Diputación Provincial, y contra lo determinado en la Ley 10/2008, de 9 de diciembre, de Carreteras de la Comunidad de Castilla y León y contra el artículo 41 del Reglamento de Carreteras de Castilla y León, aprobado por Decreto 45/2011, de 28 de julio de 2011.

Artículo 41.f) Cerramientos.

No se autorizarán cerramientos en la zona de dominio público. En la zona de servidumbre sólo se podrán autorizar cerramientos totalmente diáfanos, sobre piquetes sin cimiento de fábrica. Los demás tipos sólo se autorizarán exteriormente a la línea límite de edificación. La reconstrucción de cerramientos existentes se hará con arreglo a las condiciones que se impondrían si fueran de nueva construcción, salvo las operaciones de mera reparación y conservación.

Que respecto al escrito dirigido por (...) al Ayuntamiento XXX, con fecha XXX (Documento nº 4), por el cual solicita: COPIA DE LA LICENCIA Y/O Nombre del funcionario que AUTORIZÓ este derribo... y REPOSICIÓN INMEDIATA a cargo del ayuntamiento del límite físico de la finca,...; esta Diputación Provincial desconoce de dónde partió la orden de retirada del cerramiento, y que la reposición del mismo no puede efectuarse conforme a lo argumentado anteriormente.

Que respecto al escrito dirigido por (...) a esta Diputación Provincial, con fecha XXX (Documento nº. 8), por el cual solicita: Que previo acuerdo conmigo, me notifique por escrito día y hora para personarse en el lugar de los hechos en ordena a reponer el vallado y reparar daños. De lo contrario adoptaré las medidas que en derecho me correspondan; esta Diputación Provincial entiende que no puede reparar unos daños de los cuales no ha sido el causante, y que no puede efectuarse la reposición del cerramiento original, de la parcela catastral XXX, conforme a lo argumentado anteriormente.

Que respecto al escrito dirigido por (...) a esta Diputación Provincial, con fecha XXX (Documento nº 8), por el cual solicita: Que previo acuerdo conmigo, me notifique por escrito día y hora para personarse en el lugar de los hechos en ordena a reponer el



vallado y reparar daños. De lo contrario adoptaré las medidas que en derecho me correspondan; esta Diputación Provincial entiende que no puede reparar unos daños de los cuales no ha sido el causante, y que no puede efectuarse la reposición del cerramiento original, de la parcela catastral XXX, conforme a lo argumentado anteriormente.

Que desde esta Diputación Provincial no existe inconveniente en fijar día y hora para personarse en el lugar de los hechos con los interesados, y determinar la posición inicial del cerramiento retirado, al objeto de que pueda delimitarse la propiedad de la parcela catastral XXX, mediante la colocación de mojones o cotos: pero no para ejecutar un nuevo cerramiento de dicha parcela.

Que la reparación de los daños causados por la retirada del cerramiento, delimitador de la parcela catastral XXX, es un asunto competencia de los interesados y del Ayuntamiento XXX».

De la información recabada resulta ser cierto que el Ayuntamiento procedió a la retirada de piedras que constituían un antiguo cerramiento de la parcela, habiendo actuado sin competencia y sin haber tramitado procedimiento administrativo alguno que justificara actuación.

No podía ampararse en una pretendida defensa de la seguridad vial, como parece deducirse de la expresión que utiliza para justificar esa actuación material, cuando señala que existía un “*riesgo enorme y un peligro constante para los usuarios de la vía*”, riesgo que en ningún momento ha sido apreciado por la Administración titular de la carretera.

El informe del organismo provincial no deja margen de duda cuando afirma que “*por parte de la Diputación Provincial de Ávila no se ha autorizado, ni ordenado, al Ayuntamiento de XXX para realizar ninguna actuación referente al derribo o retirada del cerramiento delimitador de la parcela*”.

Tampoco cabe cuestionar que cuando la Diputación concedió aquella autorización al propietario para realizar un cerramiento nuevo en XXX a más distancia del eje de la carretera que el antiguo “*no se dictaminó la necesidad de retirada del cerramiento original, situado en la zona de servidumbre*”.

En el momento en que la propiedad advirtió esa actuación del Ayuntamiento solicitó el restablecimiento de la situación, aunque ya no fuera posible la reconstrucción del muro por las razones también señaladas en el informe de la Diputación, pero ello lejos de legitimar la actuación del Ayuntamiento origina unas consecuencias para éste derivadas de su actuación material constitutiva de vía de hecho, que eventualmente han de tener una compensación para quien ha sufrido sus efectos.



Sobre la naturaleza de la vía de hecho se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 22/09/2003: *“El concepto de vía de hecho es una construcción del Derecho Administrativo francés que desde lejos viene distinguiendo dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (manque de procédure).*

Dicha categoría conceptual pasó hace tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia para comprender en ella tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se producen sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo.

El primer supuesto, esto es, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el artículo 93 de la LRJ y PAC. Y a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente viéndose privado de la presunción de validez que predica en todo acto administrativo el art. 57.1 de la citada de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El segundo supuesto se refiere a los casos en que la ejecución material excede de su título legitimador extralimitándolo”.

En este caso estamos ante el primero de los supuestos pues ni siquiera existe un acto administrativo de cobertura que permitiera actuar al Ayuntamiento, contrariamente a lo que determina el artículo 97 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

“1. Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.

2. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa”.

Desde la fecha en que la propiedad advirtió esa retirada del cerramiento antiguo ha llevado a cabo distintas reclamaciones que prueban esa voluntad inequívoca encaminada a lograr el resarcimiento de esa situación, que podría incluir la instalación del cerramiento



en los términos propuestos por la Diputación Provincial además de la valoración del material retirado (piedras) y cuantos sean alegados y probados por la afectada. A estos efectos lo adecuado será que inicie un procedimiento administrativo que tenga por objeto decidir las medidas que corresponde adoptar al Ayuntamiento para lograr la adecuación de lo actuado a las indicaciones realizadas por la Diputación y el resarcimiento de la propietaria perjudicada por esa actuación material carente de título, si se acreditara algún tipo de lesión patrimonial, para lo que habrá de tramitarse el correspondiente procedimiento.

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**:

Cabe apreciar una vía de hecho en la actuación municipal de retirada de un cerramiento antiguo de la parcela XXX, por lo que ha de valorar el inicio de un procedimiento administrativo para el restablecimiento de la parcela a la situación anterior, en la medida de lo posible, así como, en su caso, la compensación de los daños causados a la propiedad, en los términos que se deducen del cuerpo de nuestra Resolución.

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