

HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

**LA RECUPERACIÓN
POSESORIA DE LOS BIENES
DE LAS ENTIDADES LOCALES**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

Pág.

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

I. DELIMITACIÓN INSTITUCIONAL	11
1. Recuperación y desahucio	12
2. Recuperación y deslinde	17
3. Recuperación y autodefensa inmediata	23
A) La necesaria delimitación de la coacción directa y la coacción indirecta en la recuperación de la posesión pública	23
B) El carácter «excepcional» de la coacción directa como instrumento para recuperar la posesión administrativa	25
C) La determinación de los presupuestos de hecho habilitantes.	26
D) La recuperación posesoria mediante la coacción directa y mediante las medidas provisionalísimas del procedimiento del reintegro posesorio	32
E) La autodefensa administrativa como coacción directa para retener la posesión pública	37
II. NATURALEZA JURÍDICA. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN.....	39
1. Una potestad administrativa	39
2. Una potestad específica de la autotutela administrativa	41
3. ¿Un interdicto administrativo?	45
A) El dudoso carácter interdictal de la recuperación administrativa del dominio público.....	47
B) El dudoso carácter interdictal de la recuperación administrativa cuando el usurpador es un ente público.....	50

CAPÍTULO II

ELEMENTOS SUBJETIVOS

I. EL SUJETO RECUPERADOR DE LA POSESIÓN PÚBLICA	51
1. Una Administración Pública	51

	Pág.
2. Una Administración Pública propietaria	53
3. ¿Una Administración Pública territorial?	54
II. EL USURPADOR DEL PATRIMONIO PÚBLICO	56

CAPÍTULO III ELEMENTOS OBJETIVOS

I. EL PATRIMONIO LOCAL	61
1. ¿Bienes derechos y acciones?	61
2. Bienes demaniales y bienes patrimoniales	63
A) El dominio público desafectado expresamente	66
B) El patrimonio público afectado y desafectado implícitamente	67
II. EL VERDADERO OBJETO DE LA RECUPERACIÓN DE OFICIO: EL DERECHO DE POSESIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO	70
1. El objeto de las acciones interdictales: la posesión como hecho posesorio	71
2. El objeto del interdicto: la posesión de cosas y la posesión de derechos. La posesión y los otros derechos reales poseedores	73
3. La restricción de la acción interdictal cuando su objeto es el dominio público: de la posesión de hecho al derecho real administrativo	75
4. El objeto del <i>interdictum proprium</i> de la Administración	78
A) La distinta posesión protegida por las acciones interdictales civil y administrativa. Del <i>ius possessionis</i> al <i>ius possidendi</i> ..	78
B) El objeto de la recuperación de oficio: el <i>ius possidendi</i> inherente al derecho de propiedad	80
C) El <i>ius possidendi</i> del propietario público como objeto de la recuperación administrativa de los bienes patrimoniales.	82
5. A modo de epílogo: de la posesión administrativa amparada por la recuperación de oficio a la posesión privada de la Administración amparada por la acción civil interdictal	85

CAPÍTULO IV ELEMENTOS CAUSAL Y FINALISTA

I. LA CAUSA Y EL FIN DE LA RECUPERACIÓN DE OFICIO: SU DIFERENCIACIÓN Y SU ÍNTIMA CONEXIÓN	87
II. LA USURPACIÓN POSESORIA DEL BIEN PÚBLICO Y LA RECUPERACIÓN ADMINISTRATIVA	88

	Pág.
1. El presupuesto previo de la usurpación: la legitimidad de la posesión pública usurpada	89
2. El concepto jurídico-administrativo de la usurpación posesoria.	90
A) Un primer significado: el despojo de la posesión administrativa.....	90
B) Un segundo significado: la inquietación o perturbación posesoria y la «retención» de la posesión.....	100
 CAPÍTULO V ELEMENTOS FORMALES Y PROCEDIMENTALES	
I. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	116
1. El presupuesto de la incoación del procedimiento: la no caducidad de la «acción administrativa interdictal»	116
A) La imprescriptibilidad de la «acción interdictal demanial» y la caducidad de la «acción interdictal patrimonial»	116
B) La delimitación del plazo del ejercicio de la recuperación posesoria de los bienes patrimoniales	117
C) Las dificultades de la dualidad de «acciones administrativas interdictales»	121
2. La incoación de oficio	124
3. La adopción de medidas administrativas provisionales	127
A) Concepto, fundamentos y fines	129
B) Presupuestos y límites	137
C) Requisitos formales y procedimentales. En especial, el trámite de audiencia.....	140
D) Contenido	141
II. LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA AUDIENCIA A LOS INTERESADOS	142
1. Los órganos administrativos actuantes	142
2. La prueba	144
A) Lo que se debe acreditar.....	144
B) Los medios y la valoración de las pruebas	147
C) La carga de la prueba.....	150
3. La audiencia a los interesados	152
III. LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. EN ESPECIAL, EL ACUERDO DEL RECOBRO POSESORIO	154
1. El órgano titular de la potestad	155
2. El contenido y el alcance de la resolución recuperadora de la posesión	156
BIBLIOGRAFÍA.....	161

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

I. DELIMITACIÓN INSTITUCIONAL

La LRBRL atribuye a las Corporaciones Locales una potestad administrativa específica con el fin de «recuperar la posesión» de sus bienes: la denominada *recuperación de oficio*. Pero es tan sucinta la descripción de la potestad que se contiene en los arts. 4.1.d) y 82.a) de esta ley básica que resulta ser una atribución normativa insuficiente para conocer en qué consiste esta prerrogativa administrativa. En especial, esas previsiones legales no se refieren al elemento esencial que justifica el ejercicio mismo de la potestad: la usurpación del bien público, y al ser este elemento el que la caracteriza y la diferencia de otras potestades administrativas instrumentales para la protección posesoria del patrimonio local (el desahucio y el deslinde), es aún menos explicable esa deficiente tipificación legislativa.

En todo caso, es cierto que la LPAP contiene una regulación más amplia que la establecida en la LRBRL, aunque tan sólo un precepto (con tan sólo tres párrafos) tiene la condición de norma básica (el art. 55). Sin embargo, pese a tan escasa previsión normativa básica, esa regulación sí se refiere al elemento vertebrador de la institución —si bien lo hace indirecta e indebidamente como se explicará más adelante—¹, pero aun así constituye una regulación demasiado sucinta para poder describir la identidad misma de la potestad de la recuperación de oficio. No obstante, o tal vez precisamente por ello, es necesario realizar ya una mínima delimitación conceptual entre las potestades administrativas específicas protectoras del patrimonio público que sean las más parecidas o próximas a la recuperación posesoria, máxime cuando —según afirma GALLARDO CASTILLO— en ocasiones la jurisprudencia, bien parece haber exigido el previo ejercicio de otras potestades protec-

¹ *Infra* Capítulo IV (Elementos causal y finalista), epígrafe II (La usurpación posesoria del bien público y la recuperación administrativa).

toras de los bienes y derechos públicos como presupuesto mismo para ejercer el recobro posesorio, o bien parece haber «derivado» las pretensiones defensoras de las posesiones públicas al ejercicio de esas otras potestades «porque con ellas se consigue colmar plenamente las aspiraciones posesorias de la Administración»².

1. Recuperación y desahucio

La propia concepción del desahucio administrativo como un mero procedimiento administrativo ejecutivo³ —más concretamente, una modalidad especial de uno de los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos (la compulsión sobre las personas⁴ o la llamada ocupación directa de bienes⁵)— y la calificación de la recuperación de oficio como un peculiar *interdictum proprium* de la Administración Pública⁶ ya constituye *per se* un rasgo diferenciador importante entre ambas instituciones administrativas. Sucede, sin embargo, que, a pesar de

² Vid. *El derecho de bienes de las entidades locales. Teoría y práctica jurisprudencial*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados-La Ley, 2007, pp. 457-458.

³ Reiteradamente lo afirma J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Régimen jurídico de la Administración Local*, Madrid, Abella-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1985, pp. 555-556 y 570-571. También es la concepción de numerosos autores que son citados por M^a. A. GONZÁLEZ BUSTOS, quien, por cierto, dice que esta concepción del desahucio es la que explica su ausencia en el enunciado de potestades administrativas contenido en el art. 4.1 LRBRL, y así entiende que el desahucio está más o menos implícito en la potestad de ejecución forzosa que sí es citada en dicha norma básica (*Los bienes de propios. Patrimonio local y Administración*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 318, nota 99), interpretación esta de la que discrepamos, por cuanto, a lo sumo, el desahucio administrativo habría de considerarse implícito en otra potestad referida en el art. 4.1 LRBRL —precisamente, la recuperación de oficio— dadas las semejanzas entre ambas potestades específicamente protectoras del patrimonio público local.

⁴ Entre estos autores que califican al desahucio como una modalidad de la compulsión sobre las personas destacan, sin duda alguna, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 14.^a ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 802, y más recientemente I. AGIRREAZKUENAGA, «La recuperación de la posesión de los bienes y derechos del patrimonio. El desahucio administrativo», en C. CHINCHILLA MARÍN (coord.), *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 377. Pero al menos se aprecian dudas; lo ha recordado F. LÓPEZ MENUDO al afirmar que actualmente se discute «si el desahucio se reconduce a la compulsión sobre las personas o si es una figura autónoma» [«Ejecución forzosa (de actos administrativos)», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, Iustel, 2005, p. 1052].

⁵ J. R. PARADA VÁZQUEZ critica la enumeración de los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos que realiza el art. 96 LRJPAC, porque no recoge un importante medio ejecutivo cual es la ocupación directa de los bienes, que es «la forma de ejecución de los actos que imponen a los particulares la entrega de un bien determinado del que aquéllos están en la posesión; si el particular no lo entrega, la Administración toma posesión de él por medio de sus funcionarios...». Incluso incluye entre las modalidades de este medio ejecutivo tanto al *interdictum proprium* como al desahucio administrativo (vid. *Derecho Administrativo*, I, *Parte General*, 17.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 166).

⁶ *Infra* epígrafe II (Naturaleza jurídica. Una primera aproximación), punto 3 (¿Un interdicto administrativo?).

apreciarse sustanciales diferencias entre una y otra prerrogativa administrativa como a continuación veremos, dichas diferencias no se fundamentan en las citadas respectivas concepciones de dichas potestades públicas; es más, ambas concepciones doctrinales no son acertadas, porque ni el desahucio puede definirse como un «medio administrativo ejecutivo»⁷ ni la recuperación de oficio es un «interdicto administrativo» como se explicará.

Y es que, con independencia de la comparación que se efectúe con la recuperación de oficio, con el nombre de desahucio administrativo se han calificado distintas potestades administrativas que, pese a sus semejanzas institucionales y reglas concretas comunes, es preciso delimitarlas y diferenciarlas. El llamado «desahucio en vía administrativa», regulado en el Título II del RB (arts. 120-135), no es en realidad una única figura jurídica, no es un único desahucio. En primer lugar, no todos los desahucios administrativos ejecutados por las Administraciones locales se ejercen sobre el patrimonio público, al admitirse «desahucios» practicados sobre bienes y derechos de titularidad privada⁸. En segundo lugar, incluso cuando estamos antes el desahucio como potestad ejercida sobre únicamente bienes o derechos de titularidad pública, tampoco se ejerce siempre con el fin principal de proteger el patrimonio de las Administraciones, sino con otras finalidades de interés público⁹. En tercer

⁷ Lo ha explicado recientemente GALLARDO CASTILLO, *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 521-522. Además, si en el procedimiento administrativo previo a la resolución de desahucio han de acreditarse o justificarse los presupuestos y requisitos legitimadores del ejercicio de esta potestad administrativa y, en especial, la extinción del título administrativo habilitante de esa posesión privada contra la que actuará la resolución del desahucio, resulta evidente que no estamos ante un mero procedimiento ejecutivo o medio alguno de ejecución forzosa, sino ante un auténtico procedimiento administrativo declarativo que debe finalizar con una decisión administrativa declaratoria de la ilegitimidad de la posesión privada del bien público, concediendo al ocupante un plazo de cumplimiento voluntario para cesar la ocupación y apercibiéndole de la ejecución forzosa (desalojo coactivo o lanzamiento por los agentes administrativos) en caso de no efectuar el desalojo voluntariamente en el plazo y en las condiciones establecidas en el acuerdo del desahucio. Aparte de lo anterior, no debe olvidarse que esa necesaria extinción del título jurídico legitimador de la ocupación privada que debe preceder a la resolución del desahucio puede incluso declararse (y no sólo constatarse o apreciarse) por la Administración mediante el mismo procedimiento del desahucio (véanse los arts. 58 y 59 LPAP), y esa decisión administrativa en modo alguno puede considerarse un acto propio de un procedimiento ejecutivo, decisión que, por cierto, no tiene que fundamentarse necesariamente en una usurpación producida (extinción por motivos de legalidad), sino que puede dictarse cuando razones de conveniencia al interés público así lo requieran (extinción por motivos de oportunidad) reconociendo entonces la justa indemnización al legítimo ocupante.

⁸ En particular, el que tiene lugar con ocasión de una expropiación forzosa administrativa. El desahucio previsto en el seno del ejercicio de la potestad expropiatoria —incluido el practicado sobre arrendatarios— presenta importantes diferencias respecto de los desahucios previstos para desalojar ciertos ocupantes legítimos de bienes públicos locales —que no podemos analizar aquí al excederse del ámbito de nuestro estudio—; en todo caso, no parece demasiado acertado calificar a ese desahucio como una de las potestades específicas legalmente atribuidas a la Administración local para la defensa de su patrimonio.

⁹ ¿Todo desahucio ejecutado sobre las viviendas públicas cedidas por el ente local a su per-

lugar, si se recuerda que en algunos de esos «desahucios» es necesaria la aplicación de otras normas especiales o sectoriales —estatales o, en su caso, autonómicas— distintas a las recogidas en la legislación de bienes locales, se confirma la pluralidad de «desahucios» administrativos.

Por ello es preciso —al menos a los efectos de delimitar aquí la potestad administrativa de desahucio con la de la recuperación de oficio¹⁰— referirse fundamentalmente y ante todo al desahucio previsto en el art. 58 LPAP, por ser ésta la norma legal básica —y, por tanto, de preceptiva aplicación a las entidades locales— y por ser también la norma general sobre el patrimonio público que tipifica al desahucio administrativo como una potestad protectora de los bienes y derechos de titularidad pública¹¹.

Una primera diferencia se puede apreciar entre la potestad del desahucio administrativo y la potestad del reintegro posesorio¹² en relación al propio ámbito material sobre el que la Administración local ejerce una u otra prerrogativa administrativa. Mientras que la recuperación de oficio está prevista para proteger cualquier clase de bien o derecho pú-

sonal al amparo de los arts. 93 y 134 RB tiene la finalidad esencial de proteger ese patrimonio local? ¿Y el desahucio acordado respecto de los arrendatarios de viviendas protegidas de titularidad de la entidad local al que se refiere el art. 135 RB?

¹⁰ Es obligado reconocer que en numerosas ocasiones la distinción no es nada sencilla —pero siempre es imprescindible—, y por eso seguramente, en ciertos casos, la propia jurisprudencia ha confundido el ejercicio de ambas potestades e incluso también con el uso de la llamada coacción directa posesoria a la que más adelante nos referiremos. Así, por ejemplo, la STS de 12 de febrero de 1986 parece referirse a ambas potestades como si fueran «equivalentes», justificando la potestad de desahucio en los preceptos propios de la recuperación posesoria y, además, afirmando que «esta prerrogativa de la Administración a la que se atribuye un carácter excepcional y privilegiado [...] constituye, ni más ni menos, una manifestación de su potestad para ejercitar la coacción directa...» (Considerando segundo de la sentencia apelada asumido por el Tribunal Supremo).

¹¹ Y aun limitándonos al desahucio previsto en ese precepto legal básico, es obligado subrayar la diversidad de causas habilitantes (y, por tanto, más implícita o más explícitamente las finalidades institucionales) de esta potestad protectora del patrimonio público: «Cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros», dice el art. 58 LPAP. Tal vez sean precisamente las expresas —aunque no suficientemente claras— previsiones normativas de la LPAP y del RB de esa pluralidad de «desahucios» lo que explica que se trate de «una» potestad administrativa absolutamente excepcional, atribuida por el ordenamiento administrativo para casos tasados, y lo contrario parece establecer la LPAP respecto de la recuperación posesoria cuando la configura como una potestad administrativa general de defensa del patrimonio público.

¹² No constituye un rasgo diferenciador esencial o institucional el procedimiento administrativo en el sentido que postulaba AGIRREAZKUENAGA, esto es, el carácter preceptivo del procedimiento previo cuando se trata del desahucio, pero no necesariamente cuando se pretende ejercer el recobro posesorio (*vid. La coacción administrativa directa*, Madrid, Civitas-IVAP, 1990, p. 321), porque, aun reconociendo las deficiencias e insuficiencias de las normas entonces vigentes, en modo alguno fundamentaban una recuperación de oficio ejercida sin un mínimo y previo —aunque sumario, en su caso— procedimiento administrativo, procedimiento que, por cierto, resultaba también indispensable por la aplicación de la legislación administrativa general de inexcusable observancia en el ejercicio de las potestades administrativas, como ya entonces señalaba acertadamente PARADA VÁZQUEZ y así lo recogía el propio autor arriba mencionado.

blico (art. 55 LPAP), el desahucio está previsto para defender sólo a los bienes y derechos demaniales según dispone expresamente el art. 58 LPAP, lo cual, por cierto, difiere de la regulación general de bienes locales —constituida principalmente por el RB— y de algunas regulaciones específicas o sectoriales que admiten el desahucio también para bienes y derechos patrimoniales, aunque no para todos ellos, sino únicamente para determinados bienes patrimoniales (viviendas protegidas arrendadas y viviendas cedidas a empleados de la Administración local)¹³.

Una segunda diferencia se observa al examinar las causas habilitantes (y los fines públicos) del desahucio administrativo, por cuanto esta potestad puede ejercerse por razones de oportunidad para el interés público y no sólo por razones de legalidad¹⁴, admitiéndose así el desahucio ante una ocupación ilegítima declarada por la propia Administración local, no ya por haberse justificado una posesión privada contraria a Derecho, sino amparándose exclusivamente en esa discrecionalidad administrativa otorgada por el ordenamiento jurídico para apreciar si los intereses públicos reclaman o no ese desahucio administrativo; en cambio, el reintegro posesorio presupone siempre la existencia de una posesión privada contraria al ordenamiento jurídico, sin que pueda aquí apreciarse valoración discrecional alguna de recuperar o no la posesión administrativa usurpada.

Y también en relación a las causas habilitantes de una y otra potestad, ha de reconocerse que SAINZ MORENO ya destacaba hace veinte años la principal diferencia entre la recuperación posesoria y el desahucio al afirmar que el recobro posesorio se ejerce contra un poseedor que no ha tenido derecho alguno de posesión sobre el bien público, a diferencia del desahucio que sí presupone algún previo título habilitante de esa posesión privada ahora ilegítima¹⁵. En efecto, si bien la potestad de desahucio se ejerce con el fin de recuperar la posesión del bien público que

¹³ Más relevancia que esas previsiones del RB y de alguna normativa sectorial admitiendo explícitamente el desahucio sobre ciertos bienes patrimoniales locales tiene, sin duda, la previsión contenida en cierta legislación autonómica general de bienes locales —concretamente, el art. 68.c) LBELA—, dada la contradicción que presenta con la norma básica contenida en el art. 58 LPAP y los consecuentes problemas de presunta «inconstitucionalidad sobrevenida» de la ley autonómica, como ha explicado recientemente P. ESCRIBANO COLLADO, «El sistema de fuentes en materia de patrimonios públicos. El carácter básico de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas», en C. HORGUÉ BAENA (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 35-39.

¹⁴ Lo han subrayado AGIRREAZKUENAGA, «La recuperación...», en C. CHINCHILLA MARÍN (co-ord.), *Comentarios..., op. cit.*, pp. 379-380, y GALLADO CASTILLO, *El derecho..., op. cit.*, pp. 521 y 525 especialmente. En estos supuestos estaríamos ante un «desahucio» precedido de una decisión administrativa materialmente —o formalmente incluso— expropiatoria con la determinación de la necesaria indemnización al afectar a bienes o derechos de titularidad privada legítimos que estén o no sobre bienes demaniales o patrimoniales de las entidades locales.

¹⁵ *Vid.* «Bienes de las entidades locales», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, Madrid, Civitas, p. 1632.

la tiene un tercero indebidamente — coincide aquí con la recuperación de oficio—, sin embargo, sólo procede cuando se trata de una posesión que antes ha sido legítima. Incluso esta posesión por el particular puede seguir siendo legítima cuando la Administración inicia el procedimiento de desahucio, esto es, la Corporación Local puede acordar la incoación del procedimiento de desahucio existiendo aún un título jurídico legitimador de esa posesión que pretende recobrar. No es preciso que ya se haya producido una ocupación ilegítima del bien (aunque sea lo más habitual) cuando la Administración local decide realizar los trámites necesarios para acordar esta recuperación de su patrimonio, sino sólo que se declare o constate esa usurpación antes de la resolución de desahucio. Lo característico y propio del desahucio administrativo no es, por tanto, la recuperación de una posesión usurpada o ilegítima, sino, ante todo, la recuperación de una posesión que recientemente ha sido legítima, amparada por el ordenamiento jurídico, y que no lo es cuando la Corporación Local decide desahuciar; por ello, hasta la resolución de desahucio sí puede haber sido legítima esa posesión por el tercero. En suma, para ejercer el desahucio ha debido existir una ocupación posesoria por un particular con un título jurídico que le habilitaba, una situación posesoria de legalidad que luego deviene ilegal.

Por el contrario, la potestad de recuperación posesoria únicamente puede ejercerse para proteger la posesión administrativa cuando ésta haya sido arrebatada o perturbada ilegítimamente, cuando se haya producido una usurpación de la posesión del bien público¹⁶. Es necesaria, pues, una posesión ilegítima, y que sea ilegítima *ab initio* al no deber existir justo título alguno que la ampare cuando la Administración decide iniciar el procedimiento exigido para ejercer esta potestad. Para ejercer el reintegro posesorio no es preciso que esa posesión por el particular haya estado anteriormente amparada por el ordenamiento jurídico. La recuperación de oficio se prevé únicamente para acabar con una ocupación posesoria que siempre ha estado al margen de la legalidad, resultando ser un estado posesorio de ilegalidad *ab initio*, una verdadera usurpación de la posesión de un bien del ente local, una posesión que en ningún momento ha tenido un título jurídico que la amparara.

¹⁶ Por ello es realmente sorprendente que la legislación autonómica andaluza específica de los bienes de los entes locales prevea la usurpación entre los supuestos legitimadores del desahucio administrativo. Y lo más grave no es que la LBELA haya establecido que el desahucio se ejercerá «cuando los bienes hayan sido usurpados u ocupados por los particulares, sin título jurídico alguno, clandestinamente o contra la voluntad de la entidad» [art. 68.b)] —añadiendo además una regla histórica del ordenamiento administrativo regulador del reintegro posesorio: «La recuperación de los bienes patrimoniales sólo podrá ser realizada directamente por la entidad en el plazo de un año desde que tuvo constancia de la ocupación»—, sino que una segunda norma autonómica —aprobada después de la LPAP, como es el Decreto 18/2006, de 24 de enero, que aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (RBEL)— expresamente reitera esas normas legales en su articulado (en el art. 158), precepto reglamentario que también ha sido criticado por GALLARDO CASTILLO en el mismo sentido (*El Derecho...*, *op. cit.*, p. 567).

2. Recuperación y deslinde

Tampoco es recobrar la posesión perdida ilegítimamente lo que se pretende al ejercitar la potestad administrativa del deslinde, aunque a veces sea uno de sus efectos. El ordenamiento jurídico-administrativo no atribuye a la Administración local la potestad del deslinde para recuperar la posesión de sus bienes, sino que la atribuye con otra finalidad, que es la esencial y definidora del deslinde administrativo: la identificación o delimitación misma de los bienes públicos mediante la determinación de su extensión y límites, como lo ha destacado la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia (y se ha contemplado también en la propia legislación administrativa) según nos recuerda HORGUÉ BAENA ¹⁷.

Y lo relevante es que el deslinde no es sólo una actuación administrativa meramente técnica y material de delimitación de los lindes, sino que se trata, sobre todo y ante todo, de una delimitación administrativa jurídica, pues, aunque pueda parecer obvio, lo que dispone el art. 57.1 RB («el deslinde consistirá en practicar las operaciones técnicas de comprobación...») no es una mera determinación de la extensión material del bien deslindado. Mediante el deslinde no sólo se fijan los límites físicos de la finca pública, sino también sus límites jurídicos, y, precisamente por ello, es por lo que se exige que en el procedimiento administrativo se acredite la titularidad dominical de las fincas afectadas por la decisión administrativa de deslindar su inmueble (art. 58.3 RB) y se explica que el deslinde efectuado se inscriba en el Registro de la Propiedad [arts. 52.d) y 53 LPAP y 68 RB]. HORGUÉ BAENA lo ha subrayado al referirse al deslinde de los montes públicos, al afirmar que «el deslinde de montes comportará operaciones materiales de señalamiento de confines pero también, y con carácter previo, de actuaciones jurídicas que permitan verificar la extensión y límites físicos del bien de titularidad pública» ¹⁸.

El deslinde se ha considerado por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia como un «acto declarativo de estados posesorios» ¹⁹, calificándose, no obstante, con distintos términos jurídicos (posesión de hecho, posesión fáctica, mera tenencia, posesión efectiva...) que ni son lo mismo ni son en algunos casos lo debidamente precisos o acertados, como ampliamente explica MENDOZA OLIVÁN. Y esa doctrina, consoli-

¹⁷ Vid. *El deslinde de costas*, Madrid, Tecnos-Instituto Universitario de Derecho Público García Oviedo, 1995, pp. 135-136. En distinto sentido parece pronunciarse V. MENDOZA OLIVÁN, *El deslinde de los bienes de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 249.

¹⁸ «Las potestades administrativas para la protección de los montes públicos», en L. CALVO SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 608.

¹⁹ Lo destacan HORGUÉ BAENA, *El deslinde...*, op. cit., pp. 143-145, y MENDOZA OLIVÁN, *El deslinde...*, op. cit., pp. 119-129.

dada en la década de los sesenta²⁰, rechaza que el deslinde administrativo declare no ya cualquier titularidad dominical, sino tampoco el propio *ius possidendi* (el derecho a la posesión). Es decir, cuando deslinda, la Administración local debe limitarse a determinar el *ius possessionis*, el derecho del que está poseyendo, la posesión de hecho más bien, por cuanto el *ius possidendi* «es una de las facultades del dominio, y en modo alguno compete a la Administración declarar su extensión o sus límites». En este sentido parece situarse el RB (tanto el art. 57.2 del vigente como el art. 45 del anterior, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955) al disponer que las operaciones en que consiste el deslinde tendrán por objeto «declarar provisionalmente la posesión de hecho». Pero lo cierto es que, al menos con carácter general y considerando el régimen propio de las Administraciones locales, ese significado o alcance de lo que es la situación o el estado posesorio declarado o apreciado en el deslinde administrativo no parece tan evidente o indubitado. Así lo señala MENDOZA (al cual nos remitimos por no ser éste el tema central de nuestro estudio), que incluso llega a considerar al deslinde como «una declaración administrativa de la titularidad dominical que a la Administración corresponde sobre el bien deslindado, cuyos confines ella fija unilateralmente»²¹. Tal vez debería revisarse, en cierta medida, esa doctrina defensora del mero estado posesorio²².

En todo caso, en la resolución del deslinde se aprecia, implícitamente al menos, una declaración de la situación posesoria que es tan sólo una consecuencia de la fijación por la Administración de los límites jurídicos de su finca (que es lo que hace cuando aprueba el deslinde). El deslinde administrativo es una declaración administrativa que

²⁰ Vid. MENDOZA OLIVÁN, *El deslinde...*, *op. cit.*, pp. 119-120 especialmente.

²¹ *Ibid.*, pp. 119-129 y 143-168.

²² Parece más acertado diferenciar entre el deslinde de bienes demaniales y el de los patrimoniales (*vid.* en este sentido las acertadas críticas de HORGUÉ BAENA a las tesis de MENDOZA en *El deslinde...*, *op. cit.*, pp. 146-148), porque el demanio es imprescriptible y, en consecuencia, no debe admitirse una posesión de hecho o una situación posesoria no amparada por el *ius possidendi* cuando ya se ha dictado la resolución del deslinde. En cambio, cuando se pretende deslindar un bien patrimonial la posesión de hecho adquiere una eficacia jurídica evidente, porque se convierte en un *ius possessionis* si supera el año, impidiendo así el propio deslinde administrativo (según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia y recuerda HORGUÉ BAENA, *El deslinde...*, *op. cit.*, pp. 154-155), pues, pese a que este límite temporal no se encuentra expresamente previsto en la legislación administrativa (que sólo lo dispone para el reintegro posesorio como veremos), sí puede «inferirse» de ella. La declaración de la situación posesoria efectuada en el deslinde no puede realizarse con desconocimiento del ordenamiento jurídico que ampara a ese poseedor de un año y un día, al que reconoce la protección interdictal frente a cualquier actuación administrativa perturbadora de su *ius possessionis*. Como dice HORGUÉ, «de manifestarse con ocasión del deslinde una posesión sobre el bien o parte de éste insalvable a los poderes recuperatorios de la Administración no podrá desconocerla» (*El deslinde...*, *op. cit.*, p. 155), y probablemente por ello afirme Enrique RIVERO que «la Administración, claro está, podrá deslindar, pero respetando la situación posesoria de que goza el particular que indebidamente ocupa el bien patrimonial» (*El deslinde administrativo*, Sevilla, Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla, 1967, p. 182).

implica *per se* unos efectos jurídicos determinados (la declaración del derecho de posesión pública relevantemente), así como otros efectos jurídicos que varían según las circunstancias concretas fácticas y jurídicas que afectan al bien deslindado, como puede ser —pero no lo es necesariamente— la defensa de la posesión de la total extensión del bien deslindado mediante, en su caso, el ejercicio del poder de reintegro posesorio que tiene atribuido la Administración.

No todo deslinde administrativo precisa recobrar la posesión del bien deslindado. La recuperación posesoria que se efectúa con el deslinde sólo tiene lugar cuando se dan dos requisitos o condiciones, que no son necesarios para ejercer la potestad de deslinde ni, por tanto, se aprecian en numerosos deslindes administrativos: *a)* es obligado que el deslinde administrativo altere los lindes de una finca de un propietario colindante con la finca pública deslindada, y *b)* es preciso que ese propietario colindante no permita la plena posesión pública del bien local una vez deslindado éste, porque puede suceder que el colindante estuviera incluso ocupando legítimamente, o al menos con dudas sobre su legalidad, una porción del terreno público por concurrir una confusión de los lindes, y que, una vez aprobado el deslinde administrativo, el colindante afectado respete esos límites y la posesión pública del inmueble de la Administración. Es más, cuando ya ha sido preciso el deslinde administrativo y además ha sido necesaria la recuperación posesoria, ésta no se ejerce como una potestad administrativa propia y diferenciada de la del deslinde, sino más bien como una potestad instrumental o accesorio a la potestad del deslinde, como un «efecto» secundario o accesorio al principal que produce la resolución del deslinde, porque el ordenamiento administrativo no exige un posterior procedimiento administrativo para poder la Administración recobrar la posesión de la totalidad territorial del inmueble que acaba de deslindar.

Por todo lo anterior, difícilmente puede calificarse al deslinde como una potestad administrativa recuperatoria de la posesión, aunque sea en el sentido amplio que la considera MENDOZA OLIVÁN²³. Es cierto que la propia legislación administrativa de patrimonio actualmente vigente contribuye a cierta confusión, sobre todo cuando el art. 56.1 RB dispone que las Corporaciones Locales deslindarán «los bienes de su pertenencia y los de los particulares, cuyos límites aparecieren imprecisos o sobre los que existieren indicios de usurpación», y cuando lo mismo se prescribe en la reciente legislación básica de patrimonio («cuando los límites entre ellos sean imprecisos o existan indicios de usurpación», dice el art. 50.1 LPAP). Parece, pues, que la normativa reguladora de esta potestad de los entes locales permite que se ejercite tanto

²³ Este autor defiende un común fundamento de ambas potestades (*vid. El deslinde...*, *op. cit.*, pp. 249-272), afirmando incluso que en el propio ejercicio de la potestad de recuperación posesoria se aprecia un «deslinde implícito» (pp. 250 y 262 especialmente).

en una como en otra circunstancia, admitiéndose así que cuando la Administración local apreciare indicios de una posesión ilegítima podría recuperar esa posesión mediante el deslinde y no mediante la recuperación de oficio.

Sin embargo, esta conclusión no es acertada, porque no es congruente con la finalidad del deslinde (tanto el administrativo como el civil al que sustituye)²⁴, finalidad que no es otra que la delimitación de la finca objeto del procedimiento del deslinde y, en consecuencia, la de una, al menos, finca colindante. Así lo dispone, aunque tímida y algo confusamente, el propio art. 57 RB al señalar que las operaciones técnicas en que consiste el deslinde «tendrán por objeto delimitar la finca a que se refieran y declarar provisionalmente la posesión de hecho sobre la misma». Es, por tanto, la determinación de los límites y la extensión del bien de titularidad pública el fin principal y característico del deslinde administrativo, y, por ello, la confusión o imprecisión de los linderos ha de ser el «presupuesto inexcusable para el ejercicio de la acción de deslinde (ya sea ésta civil o administrativa), *con independencia de que haya o no indicios de usurpación*» (CARRILLO DONAIRE)²⁵.

En efecto, pese a lo que pudiera deducirse de una interpretación meramente literalista del RB (especialmente sus arts. 50.1 y 70.2), el ordenamiento jurídico no atribuye a la Administración local la potestad de deslinde cuando existan «indicios de usurpación» en sus bienes (art. 50.1) y la potestad recuperatoria cuando ya «se hubiera producido la usurpación» (art. 70.2), aunque ésta sea «reciente» (art. 71.2). No es

²⁴ Según SÁINZ MORENO, únicamente podría admitirse que el deslinde administrativo no sustituye al deslinde que realiza el juez civil —y, por tanto, sería preciso que la Administración instara el auxilio judicial para deslindar sus bienes— cuando el deslinde de un bien público afectase a un bien de otra Administración, porque el ordenamiento administrativo (art. 56.1 RB, así como su antecedente inmediato, el art. 44 RB de 1955 especialmente) atribuye a la Administración la potestad del deslinde sólo cuando las fincas de los colindantes afectados sean de «particulares» (obsérvese, no obstante, que el art. 50.1 LPAP, que es norma básica, se refiere a los «terceros») y no de otras entidades públicas [vid. «Bienes...», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado...*, op. cit., p. 1625]. Por el contrario, otros autores consideran que también en esos casos procede el ejercicio de la potestad administrativa, no resultando obligado acudir a la jurisdicción civil, y residiendo la dificultad en la determinación de la Administración Pública que deba ejercer su potestad de deslinde postulan diversos criterios. Vid. MENDOZA OLIVÁN, *El deslinde...*, op. cit., pp. 43-44, nota 21; RIVERO YSERN, *El deslinde...*, op. cit., pp. 210-214, y más recientemente, F. CASTILLO BLANCO, «El patrimonio de las entidades locales tras la aplicación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas», en J. F. MESTRE DELGADO (dir.), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados-La Ley, 2004, pp. 59-60, nota 90. En todo caso, estos criterios doctrinales no podrán adoptarse cuando, en atención a la naturaleza de los bienes públicos afectados por el necesario deslinde administrativo, sea de aplicación una legislación sectorial que disponga expresa o implícitamente otra solución, como parece ser, por ejemplo, el art. 2.4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

²⁵ Vid. «Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde», en C. CHINCHILLA MARÍN (coord.), *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 361.

necesario determinar qué debe entenderse o cuándo se está ante una mera «usurpación indiciaria» y cuándo ante una usurpación realizada o incluso completamente consumada para poder conocer cuándo procede ejercer una u otra potestad administrativa, porque si bien es cierto que el deslinde debe ejercerse cuando se aprecie «indicios de usurpación», también lo es que no puede ejercerse ante cualquier situación de usurpación indiciaria, sino sólo ante aquella que se efectúa por una controversia sobre los lindes o, como dice la norma, por una imprecisión de los límites, una confusión, una duda, una contradicción incluso, en lo referente a los linderos.

El presupuesto fáctico del deslinde administrativo ha de ser la indeterminación o imprecisión de los límites, situación que no siempre origina una usurpación indiciaria aunque sea frecuente que así sea²⁶. El presupuesto debe ser una posesión u ocupación ilegítima de la parte del bien público cuyos lindes están dudosos²⁷. La Administración local puede efectuar el deslinde sólo si la causa de esa usurpación u ocupación ilegítima de la finca pública es la imprecisión de los linderos, no otra situación fáctica o jurídica. Se trata, pues, de una usurpación calificada por la propia norma de «indiciaria», por cuanto es precisamente «la imprecisión de los límites del bien» lo que «no permite acreditar que la posesión del particular sea una usurpación» (HORGUÉ BAENA²⁸), y por ello se considere tan sólo que existen unos meros indicios de usurpación.

Es más, en el caso de que se produzca una usurpación indiciaria y ésta sea consecuencia de esa imprecisión de los linderos, es preciso también que esta «usurpación» sea obra del propietario de la finca afectada por esa confusión o controversia de los lindes del bien público. El deslinde no sólo no procede «cuando los inmuebles se encuentran perfectamente identificados y delimitados» (STS de 18 de abril de 1984), sino tampoco cuando «existe prueba indiciaria de la usurpación pero el sujeto que la aprecia no es colindante», en cuyo caso lo que procede es, como ha señalado reiterada jurisprudencia, la recuperación de oficio²⁹, es decir, que la Administración local inicie el procedimiento de recuperación posesoria y, en el supuesto de que la usurpación se haya produ-

²⁶ Cuando con motivo de esa imprecisión de lindes se produce una cierta usurpación, el posterior deslinde administrativo sí tiene también una función añadida: la recuperación posesoria de una porción de la finca deslindada, como ha resaltado la jurisprudencia y recuerda CARRILLO DONAIRE, «Facultades...», en C. CHINCHILLA MARÍN (coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, pp 361-362.

²⁷ Afirma HORGUÉ BAENA que «se comprende, por tanto, que el Tribunal Supremo sancione como requisito de la recuperación de oficio la perfecta identidad ente el bien usurpado y el poseído por la Administración, pues de existir dudas sobre este punto lo que procede es el deslinde, al conectarse a éste la situación posesoria que faculta a reprimir posesiones abusivas o usurpaciones» (*El deslinde...*, *op. cit.*, p. 150). Lo subraya clara y extensamente la STS de 2 de enero de 2002, citando anterior jurisprudencia (FJ quinto).

²⁸ *Vid.* «Las potestades...», en L. CALVO SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 650.

²⁹ *Vid.* CARRILLO DONAIRE, «Facultades...», en C. CHINCHILLA MARÍN (coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 362.

cido y así se acredite en el procedimiento administrativo, recobre la posesión pública perturbada o arrebatada.

La posesión ilegítima del bien local no es, por tanto, el presupuesto de hecho habilitante del deslinde administrativo, sino el presupuesto que ampara y justifica la potestad de recuperación posesoria. Según HORGUÉ BAENA, en realidad con «la potestad de recuperación de oficio puede actuarse ante cualquier usurpación»³⁰, porque, como se ha indicado, si hay imprecisión de los límites no puede haber en sentido propio una auténtica usurpación u ocupación ilegítima, pues en ese caso la usurpación sólo se *apreciará* cuando se dicte la resolución de deslinde. No existiendo imprecisión alguna en los límites del inmueble local, cualquier mero «indicio de usurpación» reclama, por ello, la incoación del procedimiento de recuperación posesoria.

Se constata, en definitiva, que el hecho de que ambas potestades administrativas «tengan claros puntos de conexión no significa la intercambiabilidad de las técnicas ni diluye las diferencias sustanciales entre ambas» (HORGUÉ BAENA)³¹. Dicho en otros términos, la configuración de ambas potestades como instrumentos de protección de la posesión de los bienes públicos, así como los efectos reintegradores de la posesión del bien público deslindado que puede producir el deslinde realizado, no permite a la Administración usar indistintamente una y otra potestad para recuperar o defender la posesión de sus bienes, porque el presupuesto de hecho y la finalidad de ambas potestades son distintas, de tal forma que una y otra son independientes y no están condicionadas entre sí en modo alguno³².

Por todo lo anterior, sorprende que la LRBRL no defina el contenido mínimo propio de la recuperación de oficio que la diferencia de esas otras potestades protectoras de la posesión de los bienes públicos, esto es, no mencione, al menos, la «causa fáctica» del ejercicio de esa potestad exorbitante de la Administración local, su presupuesto de hecho: la usurpación producida³³. Ha sido la reciente LPAP la norma legal que ha explicitado —y también garantizado al establecerlo como legislación básica en materia de bienes públicos— un mínimo concepto de esta potestad administrativa al disponer que «las Administraciones públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión *indebidamente perdida* sobre los bienes y derechos de su patrimonio» (art. 55.1), esto es, una posesión usurpada, arrebatada o perturbada sin amparo legal alguno.

³⁰ Vid. «Las potestades...», en L. CALVO SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 648.

³¹ *Ibid.*, p. 650.

³² *Ibid.*, p. 648.

³³ Recuérdesese que incluso el posterior TRRL no regula esta potestad.