

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

INFRACCIÓN URBANÍSTICA. IMPOSICIÓN SANCIÓN ECONÓMICA. PROCEDENCIA.

Derribo panteón funerario. Forma parte del dominio público funerario.

Posible inscripción de sepulturas en Registro de Propiedad. No impide su consideración de bien demanial. Posibilidad inscripción concesiones administrativas.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Jose Javier Oliván del Cacho

En Zaragoza, a veinticinco de mayo de dos mil nueve.

En nombre de S.M. el Rey, el ILMO. Sr. Magistrado D. Jose Javier Oliván del Cacho, Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de los de Zaragoza, habiendo visto el procedimiento ordinario en el que ha sido parte actora D. L., representado por Doña A. con asistencia de D. J. y como demandada representada por Doña N., Procuradora, con asistencia del Sr. Letrado Consistorial, siendo objeto del recurso el acuerdo del Consejo de Gerencia de 17 de junio de 2008.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 24 de noviembre de 2008, la Sra. P.C., Procuradora de D. L. presentó recurso contencioso-administrativo contra la confirmación del acuerdo del Consejo de Gerencia de 17 de junio de 2008.

SEGUNDO.- Con fecha 23 de enero de 2009, se presentó escrito de demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara Sentencia en la que se anulara el acto impugnado con expresa imposición de costas.

TERCERO.- Con fecha 26 de febrero de 2009, se presentó escrito de oposición a la Demanda, en cuyo suplico interesaba que se dictara una sentencia desestimatoria y confirmatoria del acto impugnado.

CUARTO.- Mediante Auto se fijó en 30.050,61 euros la cuantía de esta litis y se acordó el recibimiento del pleito a prueba.

QUINTO.- Presentados los correspondientes escritos de conclusiones, los autos quedaron conclusos para Sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en esta litis la confirmación de una sanción urbanística por la comisión de una infracción muy grave, como consecuencia del derribo de un panteón al que la Corporación califica como bien de dominio público.

SEGUNDO.- De los expedientes remitidos y de la documental aportada, cabe derivar los siguientes elementos fácticos:

1.- Con fecha 20 de noviembre de 2006 se formuló consulta sobre el derribo de un panteón familiar en los siguientes términos (folio 2):

“A la Comisión de Patrimonio

Este Servicio ha tenido conocimiento de la existencia de un proyecto de demolición (visado 20-X-2006) de un panteón familiar situado en el Andador Costa, Cuadro 2 del Cementerio de Torrero.

Se trata de una capilla de estado neogótico edificada en 1875 a tenor de la plaquita situada en la fachada de la misma.

Al interés del propio edificio por su tipología, se suma su antigüedad y ubicación en la parte primitiva del Cementerio, anterior a la primera ampliación de Ricardo Magdalena (proyectada 1883 y ejecutada 1886-7).

Por todo ello y en base al artículo 3.2.2 Grado de Protección.6: Otros elementos protegidos que no constituyen edificios o conjuntos edificados, párrafo quinto, que dice:

-Cementerios históricos

Se considera que este panteón no debe ser demolido debido a su antigüedad, características y ubicación, lo que se notificará a los Servicios Municipales competentes en estos asuntos y su tramitación municipal."

2.- Con fecha 23 de noviembre de 2006, la Policía de Barrio emitió el correspondiente informe.

3.- Con fecha 24 de noviembre de 2006 la Comisión Municipal de Patrimonio Histórico acordó lo que sigue (folio 23):

"Examinado el presente expediente, y en uso de las atribuciones que le vienen conferidas por el art. 45 de la Ley 3/1999, de 10 de Marzo del Patrimonio Cultural Aragonés y por el art. 20.4 de la Ley 16/85 de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español, en concordancia con el acuerdo plenario de fecha 16 de Octubre de 1986, esta Comisión celebrada en el día de la fecha, acuerda, sin perjuicio de su aprobación definitiva lo siguiente:

En base al artículo 3.2.2., de las Normas Urbanísticas del PGOU vigente, Grado de Protección. 6: Otros elementos protegidos que no constituyen edificios o conjuntos edificados, párrafo quinto, que dice: - Cementerios históricos. Se considera que este panteón no debe ser demolido debido a su antigüedad, características y ubicación. Se acuerda oficiar al Servicio de Disciplina Urbanística a fin de que se abra expediente disciplinario por el derribo de un elemento protegido, sin dictamen de esta Comisión, a fin de que se reconstruya."

4.- Con fecha 25 de enero de 2007, se desestimó la legalización del derribo del Panteón.

5.- Con fecha 4 de marzo de 2008, el Consejo de Gerencia quedó enterado de la firmeza de la Sentencia dictada en el P.O. 264/2007, de 16 de enero de 2008.

6.- Con fecha 9 de abril de 2008, formuló propuesta de resolución en el expediente sancionador.

7.- Con fecha 17 de junio de 2008, se acordó imponer al actor una multa de 30.050,61 euros por la comisión de una infracción urbanística muy grave, consistente en derribo de panteón de bien de dominio público incumpliendo el art. 79.3 LBRL y 170.1 LALA 7/99, además de ser un bien de servicio público, art.74.2 TRRL RDL 781/1986, de 18 de abril en Andador Costa, Cuadro 2, Cementerio Torrero de conformidad con lo dispuesto en el artículo 205 c) de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística.

8.- Mediante escrito fechado a 24 de julio de 2008, se interpuso recurso de reposición contra la anterior actuación sancionadora, en el que se manejan los siguientes argumentos, a saber: a) imposibilidad de considerar al panteón familiar como un bien de dominio público ("siendo la construcción levantada por particulares y no por la Administración, el edificio funerario no pueda tener la condición de bien público, ni siquiera por accesión, toda vez que su mantenimiento y conservación corresponde al concesionario del suelo destinado a enterramiento"); b) el panteón antiguo conllevaba un incumplimiento de la normativa municipal vigente sobre enterramientos, al "practicarse los enterramientos bajo tierra", y posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad a los panteones. De ahí, que se concluyera que "la multa impuesta no es ajustada a derecho, toda vez que no se trata de un bien de dominio público y por otra parte en cumplimiento de la normativa municipal vigente sobre enterramientos, este panteón no era susceptible de ser utilizado para los fines a los que estaba destinado, no quedando otra solución que su derribo y nueva construcción con las modificaciones para su uso adecuado".

9.- Con fecha 16 de septiembre de 2008, se desestimó el precitado recurso de reposición.

TERCERO.- La representación de la parte actora en esta litis entiende que, a la vista de la Sentencia del Juzgado nº 2 (en la que se declaró que el panteón no era

objeto de protección desde el punto de vista de la tutele del patrimonio cultural), no procede imponer la sanción impugnada, toda vez que el referido panteón tampoco puede calificarse como bien de dominio público.

Ocurre que este Juzgado no comparte este planteamiento y entiende que el derribo de un panteón puede subsumirse en la infracción muy grave tipificada en el art. 205 de la Ley Urbanística de Aragón que se refiere, en su letra c), a las siguientes conductas:

"c.- La realización de actos de edificación uso del suelo o del subsuelo en contra de lo dispuesto en el Ordenamiento Urbanístico, cuando afecten a superficies destinadas a dominio público, sistemas generales, equipamientos, zonas verdes, espacios libres y suelo no urbanizable especial".

Ello es así, porque los nichos, panteones y las tumbas de los cementerios públicos forman parte del dominio público mortuario, como viene sosteniendo desde antiguo doctrina y jurisprudencia; todo ello, de acuerdo con el servicio público municipal de esencial dispensación como es el servicio de cementerio policía mortuoria (art. 44 de la Ley Aragonesa de Administración Local en relación con el art. 170 de la misma norma). Sirva de ejemplo lo dicho por uno de los estudios del Derecho mortuario español, Leopoldo TOLÍVAR ALAS, página 1744, en el Tratado de Derecho Municipal, II, 2ª edición, quien pudo formular una afirmación que resulta contradictoria con la tesis mantenida por la actora:

"El carácter demanial de los cementerios aparece estudiado en la STS de 31 de diciembre de 1986, en la que, acertadamente, se niega la indemnización por el traslado forzoso de unos restos con ocasión de una monda. El órgano judicial entiende que el dominio público no admite sobre su superficie 'nada equiparable a la propiedad privada' y que la mera inscripción a perpetuidad- (...) no sirve para desvirtuar la esencia demanial de las necrópolis".

Más recientemente, ha sido el mismo Tribunal Supremo el que ha insistido en la demanialidad de los enterramientos a perpetuidad, como se hace en la STS 28 de septiembre de 2001:

"La razón de este acogimiento es que debemos seguir la línea jurisprudencial que viene manteniendo esta Sala en sus Sentencias de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/8268), 2 de junio de 1997 (RJ 1997/5171) y 14 de diciembre de 1998 (RJ 1999/153). A su tenor, no obstante haber sido un elemento de nuestra cultura tanto popular como administrativa el otorgamiento de sepulturas y enterramientos a perpetuidad, ello no significa que dichos bienes (que por lo demás están fuera del comercio) sean susceptibles de propiedad privada. Ya el artículo 4.1 del Reglamento Municipal de Bienes aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955 (RCL 1956/75 y NDL 2816) declaraba el dominio público de cementerios y sepulturas, declaración reiterada en el artículo 4 del Reglamento de Bienes vigente, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RCL 1986/2217). Por otra parte el artículo 60 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria aprobado por Decreto, 2263/1974, de 20 de julio (RCL 1974/1721 y NDL 3750, 4937), dispone en su apartado b) que respecto a los cementerios municipales son derechos y deberes de los Ayuntamientos la distribución y concesión de parcelas y sepulturas."

Y es que resulta imposible diferenciar la superficie del cementerio de lo construido sobre la misma, ya que todo ello forma parte del dominio público mortuario, en cuanto constituye una unidad inescindible.

Por lo demás, el hecho de la posible inscripción de las sepulturas en el Registro de la Propiedad no impide aceptar su consideración de bien demanial, dado que, también desde antiguo, es posible inscribir las concesiones administrativas (art. 31 del Reglamento Hipotecario). Y, es que nos encontramos ante un ejemplo de la categoría de los derechos reales administrativos, de manera que puede decirse que la sepultura es un bien de dominio público que tras la concesión oportuna da lugar a la existencia de un derecho real administrativo, que puede ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, y también objeto de tráfico jurídico-administrativo. De ahí que, ciertamente, tenga razón la Administración cuando apela a la protección demanial para calificar el derribo de la sepultura como una infracción muy grave; máxime, cuando la Corporación debe proteger también la imagen tradicional de la parte más antigua del Cementerio de Torrero.

Procede, por todo ello, confirmar la sanción impuesta por la Corporación y

desestimar el presente recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- No concurren circunstancias justificativas de una condena en costas, ex art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

Se desestima el recurso 373/2008 interpuesto por D. L. contra el acuerdo de 17-06-08, que se ratifica al ser conforme a derecho; sin costas.