

SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA DESAFECTACION DE COMUNALES

Por

RAÚL BOCANEGRA SIERRA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ACOTAMIENTO DE LOS COMUNALES.—III. TITULARIDAD Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES COMUNALES.—IV. EL TRÁFICO DE LOS BIENES COMUNALES. ESPECIALMENTE LA DESAFECTACIÓN POR NO USO: A) ¿Desafectación por simple conveniencia? B) El régimen legal. C) Desafectación por no uso durante veinticinco años. Un ejemplo. D) Desafectación por no uso durante diez años. Una aplicación.—V. DESAFECTACIÓN DE COMUNALES POR INCLUSIÓN EN UN PLAN DE ORDENACIÓN URBANA.—VI. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

I. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva conservadora de un patrimonio vecinal en gran parte arrasado por la historia, se trata aquí de hacer algunas consideraciones jurídicas sobre determinados aspectos de la regulación actual de la desafectación de bienes comunales, con la idea de evitar que su juego pueda insertarse, de algún modo, en ese proceso histórico de desapoderamiento de los patrimonios colectivos rurales tan brillantemente descrito por GARCÍA DE ENTERRÍA (1), consciente, sin embargo, de que tal punto de partida no debe encubrir posiciones puramente románticas, desconocedoras de las transformaciones sufridas por la realidad social, pero teniendo presente asimismo que es necesario perfeccionar los instrumentos jurídicos existentes para impedir la eliminación absoluta de los comunales que todavía restan y para arrojar la necesaria revitalización económica de los mismos, cuestiones éstas en las que, sin duda, el Derecho tiene mucho que decir.

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura*, «Anuario de Derecho Civil», 1976, pp. 281 y siguientes.

Desde ese punto de vista, voy a referirme aquí a algunas cuestiones relativas a la desafectación de los comunales, mejor dicho, a los procedimientos a través de los cuales puede alterarse la calificación jurídica que tiene como consecuencia decisiva la cesación de la protección que la propia Constitución reconoce a los comunales (mientras lo sean, efectivamente), con una referencia muy especial a un fenómeno relativamente reciente entre nosotros, pero de gran importancia, coincidente con la industrialización del país, como es la salida de comunales con destino a su transformación en aprovechamientos urbanísticos, tendencia que reiterada en la práctica ha puesto a prueba los mecanismos jurídicos vigentes dirigidos a la conservación de los comunales, presionando sobre los mismos y en buena medida haciéndolos ceder. No se trata, en este punto, me parece, de descartar esa transformación en todo caso, pero sí, desde luego, de tomar las cautelas necesarias para que la eventual transformación sea efectivamente conveniente y respetuosa con todos los intereses en presencia, también, desde luego, de los vecinos, y evitar que esa transformación se convierta en una pura operación especulativa a costa de los derechos vecinales, e incluso, a la postre, de las propias Corporaciones Locales, patrocinadoras en muchos casos de la operación (2).

(2) Vale la pena, en el sentido indicado, recordar las atinadas y sensibles observaciones efectuadas por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO. (*En torno a los bienes comunales*, núm. 84 de esta Revista, 1977, pp. 429 y ss., *in totum*) y el texto de un viejo dictamen del Consejo de Estado que él cita (p. 436, en nota). Es el Dictamen de 28 de marzo de 1958, en el que junto a ciertas observaciones de carácter general, sobre el riesgo de apropiación abusiva de comunales, se apunta el dato de la necesidad de establecer intervenciones de tutela, que recientemente han sido declaradas conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional. El texto del dictamen dice lo siguiente:

«El expediente que se informa constituye una nueva oportunidad de advertir la conveniencia de que se elabore, a la mayor brevedad, un nuevo texto legal sobre el régimen de bienes municipales y que, rodeándolos de las garantías necesarias y convenientes, evite el menoscabo de los patrimonios de los Municipios y Entidades locales menores, patrimonio formado, muchas veces, a lo largo de los siglos, con el sacrificio de sus modestos habitantes y que, debiendo servir al sustento de las necesidades vecinales, son el blanco de codicias y apetencias de muchos, especialmente en momentos como los actuales, en que el progresivo desarrollo económico de la nación revaloriza, a veces, en proporciones gigantescas bienes a los que antes no se atribuía ninguno o escaso valor. Y piénsese que ello puede ocurrir aún más en el futuro y en las zonas en que ello menos puede esperarse. Por eso es preciso articular un cuerpo completo de normas legales que, al modo como recientemente se hizo para la Administración del Estado, mediante la Ley del Patrimonio del Estado, se dote a la totalidad de los bienes municipales de los medios de garantía y defensa que puedan resultar más eficaces. Entre ello debe figurar la necesidad de aprobaciones superiores que, lejos de menoscabar la razonable auto-

Saliendo la aparente paradoja de que una de las causas de la pérdida de grandes extensiones de comunales ha sido su prescripción (de bienes que son imprescriptibles), sea en favor de particulares o en favor de los propios Municipios, interesa precisar que aquí la referencia va a ser exclusivamente a las posibilidades de actuación de las Corporaciones Locales sobre los comunales. Está claro que la constitución de Ayuntamientos democráticamente elegidos podrá colaborar eficazmente a un mayor cuidado e interés sobre los montes comunales, pero también lo está que las propias Corporaciones han sido desde siempre uno de sus peores enemigos y sin perjuicio de que muchas tensiones puedan ser suavizadas, no parece, desde luego, que sea ocioso todavía hoy detenerse a reflexionar un momento sobre el argumento.

Por último, conviene también hacer referencia a las posibilidades de acción, en este ámbito, de las Comunidades Autónomas, de cuya actuación futura (pero próxima), cabe esperar, por su cercanía con los problemas y su conocimiento de causa, una atención eficaz y permanente sobre un dominio caracterizado por sus múltiples singularismos y particularidades locales.

II. ACOTAMIENTO DE LOS COMUNALES

La figura jurídica de los bienes comunales (o montes, cuando lo sean con arreglo a su legislación específica—la mayoría— es una figura plural, que arropa bajo su manto una amplia gama de bienes —o de montes— de muy diversa terminología y regulación jurídica con una especial componente consuetudinaria, pero que tal vez sea susceptible de una caracterización común, a través de las siguientes notas:

En primer término, y de forma decisiva, lo que siempre y necesariamente hay en los comunales es la comunidad del aprovechamiento y disfrute, con independencia de que la propiedad de la cosa

nomía municipal, la potencian y consolidan indirectamente. Pues, si bien, en casos como éste se viene en conocimiento de lo que estuvo a punto de ocurrir y se puede evitar, ello es precisamente por la exigencia legal de que sea el Gobierno, informado por este Alto Cuerpo Consultivo, quien lo autorice o no. En cambio, en otros muchos casos, en que esa autorización no es legalmente preceptiva —o, aún siéndolo, que se soslaye, como ya se intentó en este expediente—, se consumarán estos atentados a unos patrimonios que deben ser por muchos conceptos, sagrados.*

sea o no también común (3). Ello no quiere decir, desde luego, que los problemas de titularidad de los comunales no tengan importancia —antes bien, son un problema crucial, como veremos—, sino que el dato estricto de quién o quiénes sean los titulares tiene una escasa virtualidad definitiva de que es lo que sejan los bienes comunales. Así, es claro (4), que puede haber comunales del Estado: no son muy frecuentes, pero a ellos alude el artículo 601 del Código Civil y la Ley paccionada, en donde los casos de los montes de Urbasa, Andía y La Planilla presentan la singularidad de que la titularidad corresponde al Estado, pero los derechos de aprovechamiento, a todos los vecinos de Navarra, especialísimo caso de montes comunales del Estado, aprovechados por los vecinos de toda una provincia. También puede haber comunales de las provincias, de los municipios y de las Entidades locales menores formalmente constituidas; son los regulados en la Ley de Régimen Local. Puede haber, asimismo, comunales de las tradicionales y subsistentes comunidades de tierra; de varios municipios a los que pertenece en común la cosa, pero sin que la comunidad esté personificada; incluso de particulares, como los vecinales en mano común.

En segundo término, el título de comunero en los aprovechamientos deriva de la condición de «vecino» de algún lugar, concepto que a mi juicio no debe interpretarse necesariamente siempre en el sentido técnico de vecindad administrativa. Esto es, al aprovechamiento y disfrute de los comunales corresponde exclusivamente a los vecinos, a unos vecinos. La precisión efectuada viene a cuento de que los vecinos titulares de los aprovechamientos pueden ser: de una provincia (en Navarra, como hemos visto), de un municipio, de una Entidad local formalmente constituida como tal (a los que se refiere la Ley de Régimen Local), pero también los vecinos de cualquier núcleo de población (parroquia, lugares, aldeas, caseríos, barrios, etcétera) no constituido formalmente en Entidad local (5).

En tercer término, los bienes comunales son un ejemplo de comunidad germánica o en mano común (*Eigentum zur gesammten Hand*), en donde no existen cuotas o partes que puedan dividirse, lo que comporta un régimen jurídico caracterizado por la indivisibilidad y

(3) Cfr. NIETO, A.: *Bienes comunales*, Madrid, 1964, pp. 219 y ss., 251; por ejemplo, pp. 498; GUAITA, A.: *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, Madrid, 1982, pp. 278 y ss.

(4) NIETO, *op. cit.*, pp. 316 y ss.; GUAITA, *op. cit.*, p. 282.

(5) Sobre el argumento, en detalle, NIETO, *op. cit.*, pp. 700 y ss.

la inalienabilidad, notas exigidas por definición por su propio y singular régimen jurídico (6).

Y, por último, la existencia de una fortísima penetración del Derecho Administrativo en estas singulares formas de comunidad (germánica) de bienes, especialmente los llamados comunales típicos, de los que puede perfectamente decirse (7) que son una figura exclusiva del Derecho Administrativo.

La singularidad de este tipo de bienes ha llevado consigo su constitucionalización, y la fijación al máximo rango de sus tradicionales caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad, típicos del régimen de la comunidad germánica, además de la inembargabilidad. También ha establecido la Constitución una reserva de Ley para su regulación, y especialmente, lo que es muy destacable, el régimen de su desafectación, con consecuencias importantes, como veremos. El artículo 132 de la Constitución señala que:

«La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.»

Por su parte, el artículo 187 de la Ley de Régimen Local define este tipo de bienes, de acuerdo en lo esencial con las notas apuntadas: «son bienes comunales los de dominio municipal, cuyo aprovechamiento y disfrute pertenecen exclusivamente a los vecinos», precisando el artículo 188, de acuerdo con los términos que han quedado constitucionalizados, que son bienes inalienables, imprescriptibles, inembargables y no están sujetos a tributación del Estado. La Ley de Régimen Local, por último, los considera, no obstante su especialidad, como una variedad de los bienes patrimoniales locales en su artículo 183.

De esta caracterización genérica de los bienes comunales cabría hacer una distinción, ya apuntada, entre los bienes comunales típicos, es decir, los regulados por la Ley de Régimen Local, cuya titularidad se atribuye a los municipios y el aprovechamiento a sus ve-

(6) NIETO, *op. cit.*, pp. 277 y 278; GUATA, *op. cit.*, p. 279.

(7) NIETO, *op. cit.*, esp. pp. 286-287; GUATA, *op. cit.*, p. 279.

cinos, y los atípicos (8), que encubren una riquísima variedad de fórmulas comunitarias, y cuya regulación se encuentra en Leyes especiales, o es rigurosamente inexistente, apoyándose exclusivamente en la costumbre.

La referencia a los comunales típicos es inexcusable, y de los atípicos conviene aludir solamente a los vecinales en mano común, por la singularidad de su régimen jurídico, del que, sin embargo, no vamos a ocuparnos ahora.

III. TITULARIDAD Y NATURALEZA JURIDICA DE LOS BIENES COMUNALES

Desde un punto de vista estrictamente, jurídico, los problemas esenciales que suscitan los bienes comunales podrían nuclearse, a mi juicio, alrededor de tres aspectos capitales: por un lado, la cuestión de su naturaleza jurídica, esto es, la cuestión de si tales bienes pueden considerarse como de dominio público —a lo que parecerían tender, dada su regulación—, como bienes patrimoniales locales —tal como hace la Ley de Régimen Local—, o integrarían, por el contrario, un *tertium genus* peculiar y distinto de los dos anteriores. Este asunto, su resolución, lleva implícito el problema crucial, ahora e históricamente, de la titularidad de los comunales. Junto a ello, el régimen de sus aprovechamientos, anticuados, antieconómicos y problemáticos (a lo que no podemos sino simplemente aludir aquí), y la cuestión de su tráfico jurídico, argumento este último no banal en la práctica, y al que vamos a dedicar mayor atención, integran, como se indica, los problemas sustanciales de esta figura jurídica.

De acuerdo con la configuración legal apuntada (y de los preceptos concordantes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), resulta que los comunales son de propiedad municipal y de carácter patrimonial, pero con un régimen jurídico prácticamente idéntico al de los bienes de dominio público, dadas, sobre todo, sus características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Ninguna de las dos aproximaciones parece, sin embargo, exacta. Prescindiendo aquí, por razones obvias, de consideraciones históricas, y fijándonos únicamente en la regulación señalada, es preciso

(8) Ya aludidos en parte. Cfr. NIETO, *op. cit.*, pp. 307 y ss.

reconocer que un propietario que, como el municipal sobre los comunales, carece del derecho de aprovechamiento de la cosa —que es el objeto mismo, el contenido del derecho— y de facultades de disposición sobre la misma, resulta un propietario muy especial, hasta el punto de que puede decirse con toda naturalidad, como ha hecho la doctrina (9) y la Jurisprudencia, que no se trata sino de una propiedad compartida entre el municipio y los vecinos y de naturaleza jurídico-administrativa: el municipio es un mero titular teórico de los comunales, limitado y completado por un auténtico derecho real de goce de que disfrutan los vecinos.

Así, la reciente Sentencia de 18 de mayo de 1982 (*Ar. 3964*), sobre la que volveremos más adelante, recogiendo la Jurisprudencia anterior, señala con toda precisión que

«... la Jurisprudencia —Sentencias de 14 de junio de 1968, 26 de junio de 1974, 15 de marzo de 1980, etc.— admite la posibilidad de la concurrencia de titularidad simultánea respecto de los bienes comunales por parte del municipio y vecinos, al poder ser contemplados como titulares concurrentes en una titularidad simultánea que los define como tipos de propiedad corporativa en los que las facultades correspondientes a los vecinos o habitantes son compatibles con los derechos dominicales del municipio, cuya esencia (la del contenido del derecho) no es la disposición de los bienes, sino solamente su aprovechamiento o disfrute por los miembros de la comunidad, de modo que el derecho a participar de los aprovechamientos puede configurarse como un derecho real administrativo de goce, a la vez que pertenecen al municipio los bienes sobre los que recae, como una variedad de los patrimoniales, artículos 82, 183, 187 y concordantes de la Ley de Régimen Local en relación con los artículos 55, 77 y siguientes del Reglamento de Bienes y artículo 4.º de la Ley de Montes, y artículos 21 y 22 del Reglamento.»

(9) Por todos, NIETO, *op. cit.*, pp. 270-286 y ss.

Cabe señalar, en segundo término, pese a la última afirmación de la Sentencia transcrita, que los bienes comunales no son tampoco, en realidad, patrimoniales, porque su régimen jurídico es prácticamente el de los bienes de dominio público, pero tampoco puede decirse que sean de dominio público, puesto que, de un lado, la titularidad no es exclusiva del municipio, sino que se trata de una titularidad compartida entre el municipio y los vecinos, y, de otro, y, sobre todo, porque en el aprovechamiento de los comunales queda radicalmente excluido del aprovechamiento el *público en general* (característica esencial, en una u otra modalidad, de todo el dominio público), siendo aquél exclusivo, por definición, de los vecinos del municipio.

Nos encontramos, pues, con los comunales ante un auténtico *quid aliud*, no encajable en ninguna de las fórmulas jurídicas patrimoniales públicas convencionales, como por lo demás reconoce abiertamente la Constitución al situarlos diferenciadamente de unos y de otros. La explicación de la peculiaridad se encuentra, sin duda, en la historia, que nos muestra todavía los restos de una tradicional propiedad colectiva agraria de titularidad rigurosamente privada, vecinal, objeto de un vasto proceso histórico de desapoderamiento (10) y que ha derivado en evoluciones muy diferenciadas, desde los comunales típicos hasta los vecinales en mano común, cuya titularidad ha sido legalmente restituida a los vecinos en un proceso recuperador digno de ser fomentado, como la doctrina más autorizada ha destacado (11). En esta línea se movía indudablemente el Proyecto de Ley por la que se aprueban las Bases de la Administración Local, presentado en 1981 por el Gobierno, cuando en el artículo 63.4 se decía, nada menos, que «son bienes comunales aquellos cuya titularidad, aprovechamiento y disfrute corresponden al común de los vecinos. La Entidad Local ejerce sobre los mismos, en nombre de los vecinos, funciones de ordenación, administración y policía».

Esta especial naturaleza jurídica de los comunales ha sido destacada también por el Tribunal Constitucional, que entiende ajustadas al Ordenamiento constitucional —concretamente al principio de autonomía local— las intervenciones de la autoridad de tutela sobre las decisiones municipales en relación con los aprovechamientos comunales (art. 192.3 y 4, de la Ley de Régimen Local) y especial-

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, loc. cit.

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, esp. pp. 299 y ss.

mente con la desafectación de los mismos (art. 194.1 de la misma Ley), por producirse tales intervenciones en garantía de los derechos de los vecinos sobre unos bienes que precisamente por la existencia de esos derechos ostentan una muy peculiar naturaleza jurídica. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 señala, en efecto, en lo que nos importa:

«Los bienes comunales tienen una naturaleza jurídica peculiar que ha dado lugar a que la Constitución haga una especial referencia a los mismos en el artículo 132.1 al reservar a la Ley la regulación de su régimen jurídico, que habrá de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, y también su desafectación.

Esta naturaleza jurídica peculiar, y el hecho de que la intervención prevista en el artículo 192.3 y 4 se produzca —en definitiva— en garantía de los derechos de los vecinos, y en el caso del artículo 194.1, para controlar la procedencia de desafectación de los bienes, da lugar a que tales preceptos no puedan considerarse opuestos a la constitución.»

IV. EL TRAFICO DE LOS BIENES COMUNALES. ESPECIALMENTE LA DESAFECTACION POR NO USO

De las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad es la primera de ellas la que en este momento interesa destacar. Inalienabilidad que no puede entenderse sino sencillamente como que un bien no puede enajenarse mientras esté afectado, lo que implica justamente que el principio de inalienabilidad supone una posibilidad de enajenación con el requisito formal previo (establecido por la Ley) de su desafectación (12).

Pero todo el régimen de la desafectación de comunales se encuentra presidido por el dato decisivo de la doble titularidad propia de estos bienes, que se proyecta sobre todo él, pudiendo afirmarse con carácter general que toda desafectación exige la concurrencia de

(12) NIETO, *op. cit.*, pp. 495 y 496.

las voluntades de ambos cotitulares (13). Si bien no es una exigencia expresamente afirmada por la Ley de Régimen Local, sí, desde luego, puede decirse que la idea late en la misma, y a su tenor, por tanto, es decir, en un sentido conservador de los comunales, especialmente dirigido a la protección de los titulares más débiles, los vecinos, deben interpretarse las normas sobre la desafectación de tales bienes. En este sentido, la Ley de Régimen Local es una norma que trata de incorporar garantías efectivas frente a una más que posible tendencia municipal a la realización de comunales.

De acuerdo, pues, con la especial naturaleza jurídica de los comunales, en donde nos encontramos con una titularidad compartida entre el Municipio y los vecinos, no es difícil poder afirmar, en línea de principio, que la única forma posible de desafectación de comunales ha de venir integrada por procedimientos en los que la voluntad vecinal quede claramente puesta de manifiesto. Y, efectivamente, la legislación de Régimen Local, mejor dicho, la Ley de Régimen Local, de acuerdo con su espíritu general protector del patrimonio comunal, es explícita en el sentido de exigir, además, un modo concreto de entender producida la manifestación de voluntad de los vecinos: es únicamente el no uso por los vecinos de sus derechos de aprovechamiento sobre los comunales lo que justifica la posible puesta en marcha del procedimiento de desafectación, el cambio en la calificación jurídica de los bienes, al partirse del presupuesto de que sólo de ese modo puede entenderse expresada su voluntad de renuncia a los derechos que les corresponden y sólo así puede atribuirse a esa declaración de voluntad el efecto decisivo de desafectación, de la pérdida de sus derechos de aprovechamiento.

A) ¿Desafectación por simple conveniencia?

Ello no obstante, puede suscitarse la cuestión de si la mera conveniencia del cambio de afectación, efectuada al amparo del artículo 8.1 del Reglamento de Bienes («Para alterar la calificación jurídica de los bienes de las Entidades Locales será preciso expediente en el que se demuestre la conveniencia del cambio de afectación, total o parcial, al uso, servicio o aprovechamiento de que se tratare»), sería suficiente para justificar esa alteración de la calificación jurídica de los comunales.

(13) NIETO, *op. cit.*, p. 505, en nota. GUAITA, *op. cit.*, p. 287.

Tal pretensión no es, desde luego, descabellada, como lo prueba que ha sido sostenida por un sector de la doctrina (14), aunque también es cierto que entendiéndolo necesario, en todo caso, el acuerdo de los vecinos, acuerdo que sería posible, de conformidad con esta opinión, de forma semejante a como para otro supuesto de regulación de aprovechamientos prevé el artículo 137 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973.

No parece, sin embargo, que tal opinión pueda fácilmente compartirse. En primer término, como ha señalado Nieto (15), porque si tal procedimiento de calificación fuera aplicable a los comunales carecería de sentido el artículo 194 de la Ley de Régimen Local y el artículo 83 del Reglamento de Bienes, que regulan, como en seguida vamos a ver, los supuestos tipo de desafectación de comunales y en los que, además de un acuerdo municipal aprobado por la autoridad de tutela —acuerdo que podría considerarse, aunque no lo sea, como equivalente al del artículo 8.1 del Reglamento de Bienes—, se exige el transcurso del plazo de diez años de uso no comunal de los bienes de esta naturaleza.

Y en segundo lugar, porque, como se ha notado, la Ley ha querido garantizar los derechos de los vecinos, precisamente a través de admitir una única forma de manifestación de su voluntad sobre los comunales, cabalmente por medio del desuso, del abandono de los aprovechamientos comunales, y no por cualquier otro medio. Se trata, en definitiva, de que a la voluntad vecinal, justamente porque se parte de una idea conservadora de tales bienes, sólo se le da entrada cuando ha transcurrido un tiempo de abandono del aprovechamiento comunal (16).

B) El régimen legal

Esto es lo que establece el artículo 194 de la Ley de Régimen Local, todavía vigente, aunque, en todo caso, no considera suficiente el mero transcurso del tiempo, sino que impone una serie de limitaciones adicionales, como la necesidad —entre otras— de la adopción expresa de un acuerdo municipal en ese sentido, con el *quórum* es-

(14) GUAITA, *op. cit.*, p. 290.

(15) *Op. cit.*, pp. 519 y ss.

(16) Con independencia, por supuesto, del caso especial de concentración parcelaria previsto en el artículo 185 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y de los casos de expropiación, pero esto es, claramente, otra cosa.

pecial del artículo 3 de la Ley de 28 de octubre de 1981 (dos terceras partes del número de hecho y en todo caso de la mayoría absoluta legal), informe previo del IRYDA y la autorización de tutela expresamente declarada por el Tribunal Constitucional conforme con el principio constitucional de autonomía municipal, como hemos visto, cautelas todas ellas no pequeñas, y dirigidas precisamente a la garantía de los derechos de los vecinos y con altas dosis de singularidad, singularidad justificada precisamente en la de los bienes jurídicos a proteger. Dice así, como es conocido, el artículo 194 de la Ley de Régimen Local:

- «1. Si los bienes municipales, por su naturaleza o por otras causas, no han sido objeto de disfrute comunal durante más de diez años, aunque en alguno de ellos se haya producido acto aislado de aprovechamiento, podrán ser desprovistos del carácter de comunales, considerándose de propios, en virtud de acuerdo del municipio respectivo. Ese acuerdo requerirá información pública, dictamen previo del Instituto Nacional de Colonización, voto favorable de las dos terceras partes del número legal de miembros de la Corporación y aprobación del Ministro de la Gobernación.
2. Tales bienes deberán ser arrendados a quienes se comprometan a su aprovechamiento agrícola, y se otorgará preferencia a los vecinos del municipio.»

Sobre esta disposición legal (en donde, aparte de lo dicho, es también de notar que el cambio de calificación jurídica no es obligatorio, pero tampoco absolutamente discrecional —como se verá seguidamente—; como tampoco lo es la utilización de los bienes desafectados que quedan vinculados a un determinado destino), el Reglamento de Bienes ha venido a precisar algunos extremos (17) en lo que nos importa, a añadir a las anteriores exigencias la necesidad de justificar además en expediente aparte la *conveniencia* del cambio de calificación, lo que efectivamente integra un concepto jurídico indeterminado, limitador de la amplia discrecionalidad que podría deducirse de la expresión de la Ley «podrá» —aunque en todo caso jugaría la apreciación genérica del interés público—. Además, por

(17) Cfr. NIETO, *op. cit.*, pp. 497 y ss.

otro lado, tiende a suavizar en el artículo 83.2 del Reglamento de Bienes la rígida vinculación de los bienes desafectados realizada por el artículo 194.2 de la Ley de Régimen Local.)

Así debe entenderse la remisión que el artículo 93.1 del Reglamento de Bienes efectúa al artículo 8.º del mismo Reglamento, es decir, remisión que únicamente supone la necesidad procedimental de adoptar ese acuerdo que justifique la conveniencia del cambio de calificación jurídica de los comunales, una vez producido el desuso por los vecinos de sus derechos, desuso que la Ley, como se ha visto, fija en el término de diez años. Se trata, como se observa, de una normativa exigente con la conservación de los comunales, y consecuente con la naturaleza de los mismos.

Ahora bien, si bien es cierto que la Ley de Régimen Local no prevé más que este supuesto de transcurso del tiempo —diez años— como legitimador del cambio de afectación de los comunales (más los requisitos adicionales descritos) que no altera automáticamente la naturaleza comunal del bien necesitado siempre de un acuerdo expreso justificativo de la conveniencia de la desafectación, el Reglamento de Bienes prevé otros supuestos en los que al transcurso del tiempo se le otorga, por el contrario, una virtualidad capaz de producir la desafectación de los comunales de forma automática. En efecto, los apartados 5 y 4, b) del artículo 8.º del Reglamento de bienes prevén las modalidades de desafectación de comunales por el transcurso de veinticinco años, cuya desafectación se produciría sin necesidad de un acuerdo expreso. Es la llamada desafectación tácita, justificada en un no uso comunal prolongado durante veinticinco años, cuyo no uso comunal provocaría su conversión en bienes de propios (18).

Aunque si transcurridos los veinticinco años que el Reglamento exige para entender alterada la naturaleza de los comunales, los bienes se encuentran destinados a un uso o servicio público, su conversión no será en bienes de propios, sino de dominio público (19).

(18) Artículo 8.5 del Reglamento de Bienes: «Se entenderá, asimismo, producida, sin necesidad de acto formal, la desafectación de los bienes de dominio público y de los comunales, que se convertirán en bienes de propios, cuando hubieren dejado de utilizarse durante veinticinco años en el sentido de afectación pública o comunal.»

(19) Cfr. Nieto, *op. cit.*, p. 515. Esta es la interpretación que debe darse del artículo 8.4, b) del Reglamento de Bienes: «Se entenderá, además, producida la afectación de bienes a un uso o servicio público ... sin necesidad de acto formal, cuando ... b) siendo bienes comunales, durante el mismo período de tiempo (veinticinco años), fueran objeto de uso o servicio públicos.»

Como se observa, y aunque haya sido muy sumariamente expuesta, se trata de una normativa bastante rigurosa en la exigencia de garantías de que los derechos de los vecinos no van a ser lisa y llanamente desconocidos por las Entidades Locales cotitulares de los comunales. Sin embargo, como siempre ocurre, la efectividad real de una determinada regulación, por muy rigurosa que sea, dependerá siempre de cómo sea su aplicación práctica. Y en el caso de los comunales no conviene olvidar que los Ayuntamientos han sido siempre uno de los enemigos de los mismos, de los que se han apropiado sistemáticamente, y ninguna razón existe, sino todo lo contrario, para pensar que incluso con una legislación como la expuesta van a cesar tales apetencias. Destacadamente, el fenómeno de industrialización y de urbanización vivido por nuestro país, en los últimos veinte años, ha hecho que determinados montes o bienes en general, cuyo aprovechamiento comunal era apenas rentable, hayan adquirido un valor singular capaz de despertar poderosos apetitos de apropiación, que han llevado consigo una nueva e importante salida de comunales y su puesta en circulación en el tráfico jurídico. No todos, ni siquiera, desde luego, la mayor parte de estos casos han tenido reflejo en los repertorios de Jurisprudencia, sino que, por el contrario, sólo esporádicamente es posible observar que los vecinos hayan hecho uso de los medios de defensa de sus derechos que el Ordenamiento les ofrece. Y en estos casos, en los que es posible contrastar la aplicación práctica, la eficacia real de la regulación descrita, el resultado jurisprudencial ha sido enormemente desigual, no concorde en una interpretación rigurosa de los rígidos preceptos legales. Frente a los claros intentos municipales de forzar la aplicación de las reglas que regulan la desafectación de los comunales en favor de sus intereses, el Tribunal Supremo ha mantenido una posición contradictoria, respaldando en unos casos abiertamente la apropiación municipal, en otros exigiendo escrupulosamente el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos necesarios y la prueba cumplida de los mismos.

Ello es posible observarlo en dos ejemplos de la Jurisprudencia reciente, uno a propósito de la desafectación por no uso durante diez años —con abiertas intenciones especulativas por parte de la Corporación Local correspondiente que el Tribunal Supremo viene en definitiva a respaldar—, en el otro, respecto a una desafectación tácita por no uso durante veinticinco años, en donde el Alto Tribu-

nal, sobre considerar de dudosa legalidad, el procedimiento mismo, exige un cumplimiento exquisito de las exigencias legales y una prueba cabal de las mismas, en un asunto en el que, si bien no se manifiesta expresamente en el texto de la Sentencia, no es difícil adivinar la existencia también de intereses puramente especulativos.

C) Desafectación por no uso durante veinticinco años. Un ejemplo

Este último caso es el recogido por la Sentencia de 18 de mayo de 1982 (Ar. 3964) de la que fue ponente don Paulino MARTÍN MARÍN, y en la que, incidentalmente, es de destacar asimismo la rapidez con la que fue dictada, habiéndose cuenta de que la Sentencia de instancia fue de fecha 22 de noviembre de 1980. Los hechos son muy simples, aunque no aparecen expuestos con gran claridad: El Ayuntamiento de Peralejos de Abajo, por acuerdos de 2 de septiembre y 23 de noviembre de 1979, acordó el cambio de la calificación jurídica de unos bienes comunales, que como tales aparecían en el Inventario municipal y, en consecuencia, en el Registro de la Propiedad (inscripción ésta efectuada el 16 de mayo de 1957), por lo que entiende que debe rectificarse el error, considerando que se trata de bienes de propios. En segundo lugar, que tales bienes comunales están incursos en el apartado 5 del artículo 8.º del Reglamento de Bienes por haberse dejado de utilizar como comunales durante veinticinco años. Y en tercer término, que los bienes cuya desafectación se pretende, producen renta para el municipio y están sometidos a los impuestos estatales, con lo que quedaría desnaturalizada su condición de comunales.

Frente a estos argumentos, que expresan —singularmente el primero— una notoria mala fe, el Tribunal Supremo opone una correctísima doctrina contraria a las pretensiones municipales (ya adelantada por la Sala de instancia).

Respecto al primer argumento —la rectificación de un error material padecido en su día al calificar a los bienes en cuestión como comunales—, detecta con toda precisión la presencia de una rectificación de errores encubridora de una auténtica revocación ilegal, sin conceder lógicamente mayor importancia a semejante argumento. Así, en el primer considerando de la Sentencia apelada, que se acepta, señala: «... los actores estiman que la Corporación demandada

infringió el artículo 369 de la Ley de Régimen Local... porque, con toda la razón, estiman que el citado acuerdo, al cambiar la calificación jurídica de unos bienes, no puede estimarse nunca como una rectificación de un error material de hecho;». Al mismo tiempo, el propio Tribunal Supremo, en su penúltimo considerando, señala al respecto que:

«... el acuerdo de 23 de noviembre de 1979 por el que se decide la rectificación del error cometido por la certificación municipal de 1957, sobre la calificación de comunales de los bienes inscritos, pretendiendo alterar el carácter de los bienes, según la inscripción registral, carece de todo apoyo legal, ya que manifiestamente no nos encontramos ante ningún error material o aritmético, único que permite rectificar, sin limitación temporal, el artículo 369 de la Ley de Régimen Local y artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no mereciendo la cuestión mayor detenimiento.»

Tampoco lo merece ni para la Sala de instancia ni para el propio Tribunal Supremo el tercero de los argumentos esgrimidos por la entidad municipal sobre la producción de renta y el pago de los impuestos, que despachan del siguiente modo:

«CDO.: ...afectación comunal, a tenor de los artículos 287, 192 y 194 de la Ley de Régimen Local y 5.2, b) y 77 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, es el ser objeto de aprovechamiento y disfrute exclusivamente por los vecinos, sin que a ellos afecte de manera decisiva la gratitud de dicho aprovechamiento ni la exención de tributos estatales, y de la prueba práctica en este proceso se deduce que este aprovechamiento exclusivo por los vecinos no se ha visto atacado.»

El quinto considerando del Tribunal Supremo precisa sobre el particular que:

«a ello cabe responder que, para empezar, tal acreditamiento exige un procedimiento normal (contradicto-

rio y con publicidad formal, etc.) y no el excepcional de desafectación real y consumada, ya que en este caso la declaración de alteración cuenta con la oposición de parte de los miembros de la propia Corporación (3 frente a 4), a la vez que el uso o aprovechamiento de los bienes por los vecinos no aparece contradicho, resultando por ello insuficiente —dada la posibilidad de formas especiales de aprovechamiento— el dato de que el uso o aprovechamiento no haya sido enteramente gratuito, ya que como hemos dicho la gratuidad no es esencial y el hecho del pago de determinadas cuotas o cantidades por cabeza de ganado, etc., no desnaturaliza, por sí solo, el carácter del bien, como la Jurisprudencia ha entendido con reiteración y hoy declaran los artículos 193 de la Ley y 77 y concordantes del Reglamento, que en armonía con las estipulaciones del Título de adquisición (pastos para el ganado de labor) vislumbran la posibilidad de costumbre local sobre aprovechamiento por parte de ganados de los vecinos que no reúnan tal condición, etc.»

Más importancia concede la Sentencia al régimen jurídico de la desafectación tácita de comunales por el transcurso de veinticinco años de no uso comunal, sentando al respecto una doctrina interpretativa restrictiva de la transformación de los comunales que parte de la puesta en cuestión de la legalidad de la propia institución:

«... es de hacer constar en primer lugar que este precepto (el art. 8.5 del Reglamento de Bienes) constituye una alteración del texto del artículo 194 de la Ley de Régimen Local que exige un acuerdo municipal precedido de información pública, dictamen previo del Instituto Nacional de Colonización —hoy sustituido por el IRYDA—, voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Corporación y aprobación del Ministro de la Gobernación, por lo que su legalidad es dudosa...»

Y sobre este punto de partida, que obliga al Tribunal, aun admitiendo, con todo, la aplicación de este procedimiento de desafectación tácita, a considerarlo como un sistema auténticamente excepcional, se examinan con todo rigor y exigencia los requisitos del sistema, cuyos supuestos materiales deben probarse de manera concluyente y ser expresión de una realidad notoria, concluyente y pacíficamente impuesta:

«CDO.: Que el examen del expediente administrativo ilustra —a pesar de su sobriedad— del contenido y alcance de los acuerdos municipales recurridos, en cuanto que se pretende con el de 2 de septiembre de 1979 modificar la calificación jurídica de unos bienes comunales, al amparo del artículo 8.5 del Reglamento de Bienes, por entender que dichos bienes han dejado de utilizarse —al menos desde 1928— en el sentido de la afectación o destino comunal; mas tal posibilidad excepcional de actuación, esto es, no necesidad de acto formal de desafectación dictado en expediente contradictorio y con publicidad formal, viene referida a una supuesta real o material desafectación por no uso del bien durante veinticinco años de conformidad con el destino público o comunal, manifestada tal “situación jurídica” de una manera concluyente o notoria, pacíficamente aceptada e impuesta a todos como consecuencia de un hecho real de no uso, contrario a la “afectación” y fácilmente demostrable en virtud de los “hechos concluyentes” que se desprendan de la realidad misma que ofrezcan los bienes o terrenos discutidos.»

Entiende, por último, el Tribunal Supremo que en el caso examinado no concurren los necesarios requisitos:

«CDO.: Que en este caso la conjunción de los elementos formales o jurídicos y materiales desautorizan la decisión municipal ya que no aparece acreditada, ni mucho menos, la situación de desafectación por no uso durante el plazo legal para amparar la pretendida alteración de

la calificación jurídica de los bienes de autos; porque, en efecto, los bienes dichos, desde la perspectiva de la titularidad fueron adquiridos por el Ayuntamiento en virtud de expediente de excepción tramitado ante la Dirección General de Propiedades y Derechos del Estado, y resuelto por el Tribunal Gubernativo de Hacienda mediante decisión de 29 de marzo de 1901, con explícita constancia de que las fincas o valles adquiridos "se hallan destinados al común de vecinos y en régimen de aprovechamiento comunal con el ganado de trabajo". Asimismo, los bienes o fincas discutidos fueron inscritos (a través del especial procedimiento de inmatriculación del artículo 206 de la Ley Hipotecaria) en el Registro de la Propiedad con el carácter de comunales, el 16 de mayo de 1957, inscripción vigente en el momento en que se dictaron los acuerdos recurridos y, por tanto, produce todos los efectos legales entre ellos que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo; presunción legal que alcanza a atribuir la posesión de los bienes al titular inscrito; por ello y desde la óptica formal no habrá transcurrido el plazo legal para amparar una inscripción contra el Registro, en el caso dudoso de que se hubiese producido en la realidad jurídica un uso o aprovechamiento de los bienes contrarios a la afectación "de comunales"; dato sin duda importante y que ampara la decisión del Registrador de suspender la petición de la alteración de la calificación jurídica de los bienes inscritos.»

D) Desafectación por no uso durante diez años. Una aplicación

Una posición contraria, favorable a las constantes presiones municipales en la desafectación de los comunales, viene dada por la Sentencia de 19 de abril de 1979 (Ar. 2126), Sala 4.ª, ponente, don Manuel GORDILLO GARCÍA, al enjuiciar un caso de desafectación por no uso durante diez años, y en donde, a diferencia del supuesto que acabamos de ver, los intereses especulativos son los que justifican abiertamente el intento municipal —logrado— de desafectar los co-

munales en cuestión frente a la oposición de los vecinos, cuyos terrenos se pretenden destinar a la construcción de una estación invernal por una sociedad urbanizadora que cedería al Ayuntamiento el 70 por 100 de las acciones de la misma, participado además la Corporación en el 20 por 100 del importe de la venta de las parcelas resultantes, urbanizadas o sin urbanizar. Del texto de la resolución no es posible obtener más datos sobre la operación económica a realizar, pero todo parece indicar, frente a la aparente generosidad de la oferta realizada a la Corporación, que (aparte de la no participación de los vecinos en la misma, titulares *también* de los comunales) el resultado de la operación probablemente más sustanciosa —la venta de las parcelas— no habrá ido a parar a las arcas municipales más que en ese 20 por 100 señalado.

Los antecedentes de hecho, según es posible deducir del texto de la Sentencia publicada por Aranzadi, son los siguientes: Por acuerdo del Ayuntamiento de Pedra y Coma (Lérida), de 27 de febrero de 1972, se procede, al amparo del artículo 194 de la Ley de Régimen Local, a desafectar unas fincas integrantes del patrimonio comunal del Ayuntamiento, cuyo acuerdo fue aprobado por la autoridad de tutela por resolución de la Dirección General de Administración Local de 2 de junio de 1972, y dirigido, como se ha notado, a «la realización de una estación turística de alta montaña, que, en definitiva, constituye la finalidad perseguida al alterar la calificación jurídica de los repetidos bienes, atendidas las benéficas consecuencias económicas y sociales que habría de reportar para los vecinos», como textualmente señala el penúltimo de los considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo.

Es, sin duda, el apuntado efecto de las benéficas consecuencias económicas y sociales que la desafectación y posterior venta de los comunales para los vecinos, el telón de fondo de la Sentencia citada, pero que tiene, a mi juicio, el pie forzado de que son precisamente los vecinos —cotitulares de los comunales— los recurrentes, muy probablemente porque entienden, por el contrario, que para ellos la eficacia inmediata de toda la operación consiste sencillamente en perder sus derechos sobre los comunales y para siempre sin contraprestación directa alguna.

Y esas benéficas consecuencias económicas y sociales, que vendrían a expresar la necesidad de poner en circulación, en el tráfico jurídico, terrenos que puedan servir de soporte al emprendimien-

to de actividades económicas y a la generación de riqueza, frente a la práctica improductividad de los tradicionales usos comunales, son, sin duda, evidentemente de desear, pero no, a mi juicio, al precio de despojar a los vecinos de sus derechos y de la salida definitiva de los bienes en cuestión del patrimonio municipal, porque ello implica sencillamente que esas presuntas ventajas no se generan para quienes tendrían derecho a ellas, sino para otros, injustamente, por tanto. Cabría recordar aquí las palabras de L. MARTÍN-RETORTILLO (20), plenamente aplicables: «¿Cómo se va disponer en unos momentos, sin apenas trámites ni información eficientes, y ya para siempre, de un patrimonio acumulado y respetado a lo largo de siglos?... Pues bien, con toda normalidad parece haberse dado luz verde a este juego del todo o nada. Si hay que desafectar comunales de momento, ¿por qué no hacer lo posible por dar entrada a cesiones temporalmente limitadas? ¿Por qué no asegurar el cumplimiento de las exigencias perentorias de terreno, pero garantizando que el común no verá en definitiva desembrado su patrimonio?... Podría recordarse lo que dispone el artículo 171 de la Ley del Suelo, al iniciar las prescripciones referentes a la cesión de derechos de superficie.»

La Sentencia a que nos hemos referido respalda ese juego del todo o nada en que la Corporación en cuestión situó el asunto. Sienta en primer lugar (considerando 5.º de la apelada), con toda corrección, la doctrina general sobre la desafectación de comunales por no uso durante diez años en los siguientes términos, que contienen una clara referencia a la cotitularidad de los vecinos sobre tal clase de bienes:

«Que la conversión de unos bienes comunales en propios se halla regulada en el artículo 194 de la Ley de Régimen Local, siendo autorizable la desafectación cuando durante por un plazo superior a las diez años no hubiesen sido objeto de disfrute comunal, aunque en algunos de ellos se haya producido acto aislado de aprovechamiento; condición sustancial cuya incidencia es de imprescindible necesidad para aprobar la conversión en propios de esos bienes; y que no puede ser admitida por declaración unilateral de la Adminis-

(20) L. MARTÍN-RETORTILLO: *En torno a los bienes comunales*, cit., p. 438.

tración Municipal, que es parte interesada, al pretender un cambio de la titularidad comunal en favor de su patrimonio.»

Pero añade seguidamente, sin ninguna otra justificación ni referencia a la vinculación del destino de los bienes desafectados que realiza el apartado 2 del mismo artículo 194 de la Ley de Régimen Local y el 83.2 del Reglamento de Bienes:

«Conversión que posibilita su posterior venta al perder la condición de inalienable que tienen tales bienes, según el artículo 188 de la Ley de Régimen Local.»

Alguna referencia debería haberse hecho al dato de la vinculación agrícola impuesta por el artículo 194.2 de la Ley de Régimen Local a los comunales desafectados, explicando por qué, pese a los estrictos términos de este precepto, es posible su destino inmediato a una finalidad urbanística. Es cierto que la afirmación legal es excesiva; que el Reglamento de Bienes (art. 83.2) ha venido a mitigarla, estableciendo la posibilidad de su destino a otras finalidades, a una «utilización más adecuada», a juicio de la Jefatura del Distrito Forestal, y es cierto, incluso, que es fácilmente admisible la posibilidad del destino urbanístico de los comunales desafectados, a través de la inclusión de los mismos en el Patrimonio Municipal del Suelo que la Ley del Suelo consiente en el artículo 90 (21) (aunque para los propios, no para los comunales) o su inclusión pura y simplemente en un Plan de Ordenación con la cobertura del artículo 8.3 del Reglamento de Bienes que podría permitir una nueva alteración de su calificación jurídica. Pero también es cierto que, fuera de una vaga cita del artículo 8.º del Reglamento de Bienes efectuada al final del considerando 8.º de la Sentencia apelada, ninguna referencia hace esta decisión a cuestión de tanto bulto. Singularmente porque si bien resulta posible el destino urbanístico de los comunales desafectados, es necesario para ello la realidad de un Plan de Ordenación, cuya existencia no consta en parte alguna de la Sentencia, sino que la venta de los comunales desafectados para su desti-

(21) Cfr. NIETO: *Bienes comunales*, cit., p. 511.

no urbanístico se efectúa sin justificación ninguna de su procedencia jurídica, justificación tanto más necesaria cuanto que se trata de un destino inicialmente no previsto por la Ley de Régimen Local para este tipo de bienes.

Según la Sentencia (considerando 6.º de la apelada), los hechos que resultan probados son los siguientes:

«... 1.º) que las fincas 685 a 692, inscripciones del Registro de la Propiedad, venían satisfaciendo el Impuesto de Contribución Territorial Rústica; 2.º) que dichas fincas sitas en la montaña "Port del Compte", por auto del Juzgado de 1.ª instancia de Solsona de fecha 31 de diciembre de 1971 se aprobó la información para perpetua memoria practicada a instancia del señor Alcalde del Ayuntamiento de Pedra y Coma, acreditando que las fincas 685, 686, 687 y 688 venían siendo administradas por el Ayuntamiento, disponiendo de sus productos y afectando los beneficios al sostenimiento de las obras y servicios de interés municipal y a las atenciones de la Corporación; 3.º) que por los vecinos del municipio citado, en el período de información pública, no se formuló oposición al expediente de desafectación de los repetidos *bienes comunales*.»

Sobre esta endeble base de hechos probados, en donde no se pone en duda, en absoluto, el carácter comunal de los bienes que se intentan desafectar (que es el fundamento mismo de la Sentencia), no se pone el acento de la argumentación en el no uso comunal durante diez años, que es lo que justifica el pleito, sino que se insinúan, mezclándolas, razones que tienden a apuntar que la propia naturaleza de los bienes no era la de comunales, sino de propios. Así, los considerandos 7.º y 8.º de la Sentencia apelada señalan:

«7.º Que de la prueba aportada con el escrito de contestación a la demanda resulta probado que en 1877, 1930, 1935 y 1959, se autorizaron diversos gastos relativos a obras y servicios municipales; sin perjuicio de que por el vecindario se ejerciera su derecho al aprovechamien-

to de leñas del monte en donde se hallan radicadas dichas fincas, no habiéndose, por el contrario, hecho mención de que las cortas de árboles beneficiaran a los vecinos, excepción hecha de la indicación no probada en el expediente de que se empleara la madera para la construcción de sus casas a más su reparación; cuya realidad exigiría la prueba de una normativa sustitutoria de la costumbre del lugar no alegada y no habiéndose aducido tampoco prueba alguna respecto a la adjudicación de parcelas o lotes concedidos a los vecinos para su uso particular, según costumbre no mentada, u Ordenanza aprobada por el Ministerio de la Gobernación, de conformidad con lo prescrito en el artículo 192, núm. 4 de la Ley de Régimen Local; sin perjuicio del aprovechamiento de unas parcelas por algunos vecinos por las que satisfacían una cantidad que no se corresponde con los gastos que se originen por la custodia, conservación y administración de los bienes, previstos en el artículo 193 de la Ley de Régimen Local, cesión del disfrute de unas fincas que aparece probado se concedió también a unos vecinos de otros pueblos, por lo que no es dable identificar este aprovechamiento con el inherente a los vecinos de un término municipal en relación con los bienes municipales.

8.º Que de lo expuesto resulta incuestionable que aparte de que se produjera un uso comunal de carácter marginal de estos bienes, la explotación de los mismos estuvo desde tiempo inmemorial a cargo del Ayuntamiento y, por ende, era factible jurídicamente su conversión en bienes de propios, como así se hizo cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 194 de la Ley de Régimen Local; por lo que, y dado que esa alteración en la calificación jurídica se encuentra justificada y aparece conveniente, según criterio de la Administración Municipal, por estar condicionada a la venta posterior a una sociedad que pretende la urbanización de las fincas y la construcción de una estación de invierno con la reserva del 70 por 100 de sus

acciones a favor del Ayuntamiento, el derecho de éste a participar en el 20 por 100 del precio de las parcelas, urbanizadas o sin urbanizar de acuerdo con el artículo 8.º del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, se halla ajustada a Derecho la desafectación meritada.»

Entre otras diversas cuestiones que podrían suscitar, los considerandos transcritos evidencian, como se ha notado más arriba, una clara intención de poner de relieve que sobre los comunales en cuestión se ha producido una tácita conversión, no especialmente por el transcurso de diez años sin aprovechamientos comunales, sino por una transformación callada de los mismos en bienes de propios.

En primer lugar, en el último de los considerandos transcrito, aun cuando se reconoce que existen aprovechamientos comunales marginales, se afirma, sin embargo, que la explotación de los mismos estuvo siempre en mano del Ayuntamiento, lo que vendría a justificar materialmente su conversión en propios. Nada hay que objetar, desde luego, a una interpretación judicial de un concepto jurídico indeterminado, como es, en este caso, la existencia de desuso comunal durante más de diez años, pero sí notar que el reconocimiento de la existencia de aprovechamientos comunales *marginales* en los bienes en cuestión obligaba al Tribunal a calificarlos con arreglo a los términos de la Ley, es decir, a precisar expresamente si tales aprovechamientos marginales eran, efectivamente, «actos aislados de aprovechamiento» (como exige el artículo 194 de la Ley de Régimen Local), en el sentido de esporádicos, discontinuos, *aislados* (22), que justificarían la desafectación por no uso, o si, por el contrario, como más bien pa-

(22) Como ha señalado NIETO (*op. cit.*, pp. 503-504), «por actos aislados deben entenderse actos esporádicos y no actos realizados por individuos aislados, ya que es perfectamente posible que una parte de los vecinos deje de estar interesada en los aprovechamientos y no participe en ellos, sin que su actitud pueda perjudicar a los demás, máxime cuando la evolución social hace que sea extremadamente incómodo para el nivel medio de la población el ejercicio de ciertos aprovechamientos, como la obtención y quema de yeso, en la que, sin embargo, se obstinan algunos vecinos —como hemos tenido ocasión de comprobar de visu— de nivel de vida muy inferior... «Cabe igualmente que el fraccionamiento de la interrupción no recaiga sobre el objeto, sino sobre el contenido del aprovechamiento, es decir, que incluso sobre un mismo bien cesen algunos aprovechamientos, por ej., los forestales, y se mantengan otros, por ej., los pastueños.»

rece deducirse de la lectura del texto señalado de la Sentencia, se trataba de aprovechamientos marginales, residuales, pero también constantes y permanentes.

En segundo término, es preciso notar también cómo el Tribunal Supremo viene también indirectamente a respaldar una práctica viciosa de los Ayuntamientos destinada a desvirtuar los aprovechamientos comunales (23), corruptela consistente en el aumento progresivo por los Ayuntamientos del canon de aprovechamientos previsto en el artículo 193 de la Ley de Régimen Local y en el artículo 82 del Reglamento de Bienes para cubrir los gastos de custodia, administración, conservación e incremento; aumento progresivo que se produce de tal forma que al final la cantidad resultante viene a ser la contraprestación de un auténtico arrendamiento, con lo que, aun cuando materialmente se mantienen los aprovechamientos vecinales de los bienes comunales, su ejercicio no es ya, sin embargo, a título comunal, de tal modo que aunque externamente el aprovechamiento continúa, jurídicamente vendría a caer en desuso al no tratarse ya de un aprovechamiento comunal, obteniéndose el resultado de una conversión subrepticia de comunales en bienes de propios. Es cierto que la Ley prohíbe semejante transformación y que, por tratarse de una *práctica contra legem*, no podría justificar por sí sola ninguna alteración en la calificación de los comunales, pero también lo es que para la Sentencia comentada la situación descrita no sería otra cosa que un aprovechamiento arrendaticio, característico de un bien de propios y, en esa medida, no interruptor tampoco del plazo de diez años de la prescripción extintiva de los aprovechamientos comunales.

Podría, sin duda, continuarse pormenorizadamente el análisis de esta nada convincente Sentencia, pero no parece que sea necesario, habida cuenta de que la finalidad perseguida es muy sencillamente poner de relieve, por medio de un ejemplo, la existencia de una peligrosa tendencia que facilita, demasiado ligeramente a mi juicio, la salida de comunales, especialmente cuando se está en presencia de intereses urbanísticos.

(23) Una de las variedades de lo que NIERO (*op. cit.*, p. 508) denomina «desuso subrepticio».

V. DESAFECTACION DE COMUNALES POR INCLUSION
EN UN PLAN DE ORDENACION URBANA.

Los intereses urbanísticos o especulativos (aunque, evidentemente, no son términos sinónimos) están, sin duda, desde hace algún tiempo —y como demuestran las Sentencias a que se ha hecho referencia— en la base misma de los continuados intentos de conversión de comunales en bienes de propios, cuya conversión permite a los Ayuntamientos disponer inmediatamente de los mismos con finalidades urbanísticas o especulativas, bien exista Plan, por medio de su inclusión en el Patrimonio Municipal del Suelo, bien en ausencia del Plan, por medio de su venta directa como ilustra la última Sentencia de las referidas. Especialmente grave parece este último caso, carente de respaldo legal, puesto que el primero, al fin y al cabo, integra un supuesto expresamente previsto en el artículo 90 de la Ley del Suelo. Son de suscribir las observaciones realizadas por L. MARTÍN-RETORTILLO (24) a propósito de la inclusión de estos bienes de propios en el patrimonio municipal del suelo, especialmente la observación referida a la conveniencia de utilizar la técnica del derecho de superficie, sobre todo cuando se trata de bienes de propios procedentes de antiguos comunales.

Pero la cuestión que en este momento se quiere suscitar, a título puramente enunciativo, es otra, aunque conectada también con el destino urbanístico de los comunales y desde la perspectiva de la singular naturaleza jurídica de estos bienes que exige la toma en consideración de los derechos de los vecinos titulares de los aprovechamientos. Concretamente, se trata de preguntarse si es posible una desafectación automática, una alteración en la calificación de los comunales por medio de su inclusión en un Plan de Ordenación Urbana que les asigna una finalidad, un uso diferente e incompatible con los aprovechamientos comunales.

Ello podría encajar, a primera vista, con las prescripciones del artículo 8.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, cuando señala que «no será necesario expediente de calificación jurídica cuando la alteración derivare expresa o implícitamente de actos administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades que las

(24) MARTÍN-RETORTILLO, L.: *En torno...*, cit., esp., pp. 438 y ss.

señaladas en los dos párrafos anteriores y en especial de Planes o Proyectos de Ordenación Urbana, obras o servicios en los que hubiere recaído aprobación del Ministerio de la Gobernación o de las Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos o de Urbanismo».

Posibilidad ésta que recogió el Proyecto de Ley por la que se aprueban las Bases de la Administración Local de 1981, pretendiendo una elevación de rango de la norma transcrita (y también de la prescripción extintiva por el transcurso de veinticinco años de desuso de los artículos 8.4, b) y 8.5 del Reglamento de Bienes, que vimos que la Sentencia de 18 de mayo de 1982 consideraba de dudosa legalidad), cuyo artículo 64 decía, en lo que ahora nos interesa: «La alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades Locales sólo se podrá efectuar mediante expediente en el que se garanticen la conveniencia y legalidad del cambio y siempre que concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Aprobación de planes de urbanismo y proyectos de obras y servicios...», determinación, por cierto, vivamente chocante con la enfática proclamación del artículo 63.4 del mismo proyecto que, en una suerte de restitución histórica, atribuía la titularidad de los comunales *directa* y exclusivamente a los vecinos (25), al permitir ignorar esa titularidad por medio de la asignación de un uso diferente en un Plan en el que resulten incluidos.

En el mismo sentido parecería jugar la perspectiva totalizadora de la ordenación del territorio que se atribuye al planeamiento urbano, y del que puede ser una expresión, en el ámbito de lo que nos ocupa, el artículo 58.1, 1.ª de la Ley del Suelo, al señalar que «el uso de los predios no podrá apartarse del destino previsto...», afirmación que, sin duda, supone por sí misma una alteración en la calificación jurídica de los bienes, como para el caso semejante de los de dominio público señala con toda claridad la reciente Senten-

(25) «Son bienes comunales aquellos cuya titularidad, aprovechamiento y disfrute corresponden al común de los vecinos. La Entidad Local ejerce sobre los mismos, en nombre de los vecinos, funciones de ordenación, administración y policía.» Declaración que conviene recordar para confrontarla con la transcrita afirmación de que la inclusión en un Plan de Ordenación supone la alteración de su calificación jurídica —y la privación de los derechos vecinales—. Indicar también que esa «titularidad» atribuida al común de los vecinos contrasta también con la afirmación del artículo 63,2 de que «los bienes de las Entidades Locales se clasifican en bienes de dominio público, bienes comunales y bienes de propios».

cia de 14 de mayo de 1982 (Ar. 3396), por medio de afirmaciones que merece la pena transcribir por su netitud:

«CDO.: ... el carácter o condición que un bien de dominio público pueda originariamente tener es susceptible de radical alteración posterior por consecuencia de cualquier planeamiento urbanístico que pueda producirse, con tal, naturalmente, de que éste se atempe-re a cuantas exigencias y formalidades se establecen por la Ley para su elaboración, tratándose por consi-guiente de decidir... sobre el uso que debe darse a los terrenos de unas vías de dominio público a las que se ha quitado su carácter de viales abiertos al tráfico rodado, no pudiendo discutirse que el destino viene dado de un modo automático por la concreta norma legal o el Plan urbanístico... en el que la concreta cali-ficación, en esta ocasión de terreno incondicionalmente edificable como la totalidad de los insertos en la man-zana en que aquél se residencia, supone la automática desafectación del bien hasta entonces demanial, según resulta del núm. 1 del artículo 58 de la Ley sobre Régi-men del Suelo, en cuanto prohíbe que el uso de los predios “se aparte del destino previsto” en los Planes, dada la obligatoriedad y observancia de los mismos —adecuación de usos a Planes que igualmente exigieron las Sentencias del TS de 29 de octubre de 1965 y 19 de ene-ro de 1973—, cuando, conforme al correspondiente Plan resulte edificable referido bien, pasa a ser de aprove-chamiento patrimonial o de propios, con la correlativa consecuencia de que el Ayuntamiento tenga la facultad de enajenación de las parcelas obrantes por trans-formarse el bien en cosa de dominio no público, des-afectación automática por obra de esa calificación con-tenida en el Plan que no contradice las previsiones de la Ley de Régimen Local ni las del Reglamento de Bie-nes de las Corporaciones Locales, en cuanto el artículo 189 de la primera deja a salvo, respecto a la prohi-bición de enajenarlos sin las autorizaciones que esta-blece, las cesiones autorizadas por Leyes especiales, y

el segundo, en el núm. 3 de su artículo 8.º, que no será necesario el expediente de calificación jurídica cuando la alteración derivase, en especial —entre otros casos— de Planes o Proyectos de Ordenación Urbana.» (26).

No parece tan fácil, sin embargo, a mi juicio, aportar la misma solución para los comunales, cuya singularidad, expresamente reconocida por la Constitución y por el Tribunal Constitucional, exige, sin duda, mayores precisiones. Vista la cuestión desde el lado de la garantía de los derechos de los vecinos también titulares de los bienes, cabría oponer, en mi opinión, poderosos argumentos en contra de una solución tan radical y simplista como la señalada.

En primer término, de nuevo, la propia naturaleza de los bienes comunales como bienes de titularidad compartida, expresamente reconocida, como se ha notado, por el Tribunal Constitucional, que precisa, además, que es conforme a la Constitución —al principio de autonomía de las Corporaciones Locales— la existencia de controles de tutela para la protección de los derechos de los vecinos cotitulares, opone un obstáculo inicial y de primera importancia a la aceptación de una desafectación de comunales por decisión unilateral de los Ayuntamientos. Aunque frente a este argumento cabría oponer, a su vez, que en la aprobación de los Planes también se produce intervención de la autoridad de tutela en la aprobación definitiva, es preciso reconocer que se trata de una intervención dirigida, desde luego, a cometidos bien diferentes, que muy difícilmente alcanzarían a proteger directamente los derechos de los vecinos en los bienes comunales. También podría argumentarse en contra con el artículo 28 de la Ley de Montes que exige informe previo del Ministerio de Agricultura a la aprobación de un Plan de Ordenación cuando se trate de montes de utilización pública, cualidad que desde luego pueden ostentar los comunales. Pero ese informe, dirigido también a otras finalidades, no llegaría a evitar la privación de los

(26) Señalando, más adelante, la misma Sentencia que «...sentado ello, es incuestionable que el Ayuntamiento, como propietario de dicho terreno, debe participar en la reestructuración de la manzana con los mismos derechos y obligaciones que los demás propietarios afectados por dicha reestructuración, la cual entraña una actividad reparcelatoria (se trataba de aplicar el sistema de compensación) que no sólo no excede del ámbito de los Estudios de Detalle, sino que constituye actividad normalmente típica de tal clase de Estudios...»

derechos de los vecinos si el Plan prevé su utilización para otros usos no comunales.

En segundo lugar, cabe decir, como certeramente ha destacado NIETO (27) —junto al dato de que realmente el apartado 3 del artículo 8.º del Reglamento de Bienes no se refiere a los comunales al tratarse de una mera especificación del apartado 1 (que ya hemos visto que no incluye a los comunales)—, que tal mutilación unilateral de los derechos de los vecinos sólo podría ser posible si lo autorizase una Ley, siendo así que la desafectación implícita del artículo 8.3 del Reglamento de Bienes carece en absoluto de cobertura legal en la Ley de Régimen Local que al regular las desafectaciones no prevé un supuesto de tal clase. Este es un argumento importante que ha venido a ser reforzado por la Constitución, cuyo artículo 132, como hemos visto, establece una reserva de Ley para la regulación del Régimen Jurídico de los bienes comunales y, expresamente, también para su desafectación. La norma fundamental ha reconocido la singularidad de los comunales como bienes distintos de los de dominio público o patrimoniales generales, ha garantizado formalmente su inalienabilidad y reservado a la Ley el establecimiento de los mecanismos para su desafectación. Frente a ello, el artículo 8.3 del Reglamento de Bienes carece del rango suficiente para amparar un mecanismo de desafectación de bienes comunales, incluso en el caso de que pudiera entenderse que su regulación material afecta también este tipo de bienes, lo que, por lo demás, hemos negado más arriba.

Por último (28), y a mayor abundamiento, señalar que el acuerdo municipal de inclusión de comunales en un Plan que supusiera la supresión de los aprovechamientos de los vecinos sería nulo, porque el régimen de tales aprovechamientos comunales está expresamente previsto en el artículo 192 de la Ley de Régimen Local y 77 a 93 del Reglamento de Bienes y cualquier destino urbanístico no comunal, incluso tratándose de un parque público (porque ya no se trataría de un uso vecinal, sino público) no puede encajarse en el repertorio de usos del artículo 192 de aquella Ley.

Es claro, sin embargo, que los Planes incluyen habitualmente (o en todo caso, pueden hacerlo) montes comunales en sus determinaciones, y si bien normalmente lo hacen con intención protectora de

(27) NIETO: *Bienes comunales*, cit., pp. 521 y ss.

(28) Cfr. NIETO, *op. cit.*, p. 522.

los mismos (y de su calificación), importa resolver adecuadamente la cuestión de la posible inclusión de los mismos con una finalidad distinta, con unos usos diferentes a los del aprovechamiento comunal, en definitiva, con una calificación urbanística diversa. Ya se ha dicho que esta inclusión no bastaría por sí misma a alterar la calificación de los bienes comunales en cuestión, por tratarse de un modo de desafectación no previsto por la Ley, ni la de Régimen Local, ni la propia Ley del Suelo, que sólo prevén la inclusión de bienes de propios a efectos de su incorporación al Patrimonio Municipal del Suelo (art. 90), pero ninguna referencia hace a los comunales. Aparte de la desafectación previa efectuada por alguno de los procedimientos señalados, la posibilidad de articular adecuadamente las necesidades del planeamiento, que pueden exigir, desde luego, la utilización de comunales con destino diferente al que le es propio, con las necesarias garantías debidas a los derechos de los vecinos, no se encuentra, sin duda, en la admisión de esa desafectación automática operada por el Plan, sino más sencillamente en la necesidad de una previa expropiación de los derechos de aprovechamiento de los vecinos por parte de la Corporación (29), posibilidad indudablemente abierta dada la consideración de los bienes comunales como patrimoniales. Su inalienabilidad, por ello dirigida por cierto a la protección justamente de los derechos de los vecinos con las necesidades urbanísticas de los municipios (30).

VI. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

Las cuestiones a que se acaba de hacer referencia, entre otras muchas, tienen indudablemente cabida en el marco del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en cuanto

(29) Cfr. NIETO, *op. cit.*, esp. pp. 534 y ss. A un supuesto de expropiación de comunales se refiere la Sentencia de 8 de noviembre de 1977 (Ar. 4159), si bien se trata de una expropiación, derivada de la construcción de un pantano, en la que se opera también sobre el municipio titular.

(30) El planeamiento urbanístico no tiene, así, por qué verse impedido por la necesidad de un respeto indiscriminado a los montes comunales, pero al mismo tiempo la utilización del cauce expropiatorio debe ser reafirmada como corolario necesario de los derechos de los vecinos, de los que no pueden verse despojados sin más. Solución que debe ser enfatizada ante los abusos que se producen, aún a pesar de que su articulación práctica puede presentar dificultades en punto a la materialización de la indemnización. Podría pensarse, como apunta NIETO (*op. cit.*, p. 540), en indemnizaciones en especie, por medio, por ej., de la permuta de los terrenos expropiados por otros diferentes.

uno de los asuntos, tal vez, más característicos de una legislación regional atenta a las singularidades y especialidades de cada lugar, que este tipo de propiedad comunal presenta como uno de sus rasgos más notables. Ello, que había sido tempranamente advertido por L. MARTÍN-RETORTILLO (31), ha sido efectivamente así dispuesto por la Constitución sobre el soporte de la regulación del reparto en materia de montes (la mayor parte de los comunales son, efectivamente, montes), en relación con el cual el artículo 148.1.8 permite que todas las Comunidades Autónomas asuman en sus Estatutos las máximas competencias posibles en materia de «montes y aprovechamientos forestales», con la única limitación, establecida en el artículo 149.1.23 de la norma fundamental, de la reserva al Estado de «la legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias».

Esta doble regulación constitucional de la misma materia de montes en los artículos 148 y 149 integra una excepción que posibilita a todas las Comunidades Autónomas la incorporación en sus Estatutos de las mismas —máximas— posibilidades de actuación legislativa, sin que existan aquí las diferencias que respecto a otros asuntos —la mayoría— existen entre las Comunidades Autónomas de primer grado y las demás, en función del procedimiento seguido para su constitución (32).

Sin embargo, a la hora de redactar los respectivos Estatutos es fácilmente visible una regulación diferenciada entre unas y otras Comunidades Autónomas. Así, mientras que las Comunidades Autónomas de primer grado han asumido la máxima extensión competencial (33), las de segundo grado han autolimitado sus posibilidades de actuación, circunscribiéndose al alcance de su potestad legislativa al ejercicio de la misma «en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca» (34), voluntaria restricción de su competencia que, dados los términos

(31) MARTÍN-RETORTILLO, L.: *En torno...*, cit., p. 436.

(32) Cfr. MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, Madrid, 1928, p. 521.

(33) Así, por ej., el artículo 10.8 del Estatuto Vasco señala: «La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: ... 8. Montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias y pastos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149, 1, 23.^a de la Constitución.» En términos semejantes, los artículos 9.10 del Estatuto de Cataluña, 27.10 del de Galicia y 13.7 del de Andalucía.

(34) Artículo 11 del Estatuto para Asturias. De forma parecida, los artículos 23 del Estatuto de Cantabria, 9 del de La Rioja, etc.

constitucionales, hubiera podido muy bien no haberse hecho, previéndose idénticas posibilidades de actuación normativa que las Comunidades de primer grado (35).

No se trata aquí, desde luego, de entrar a examinar pormenorizadamente las relaciones y la articulación de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas con la del Estado, pero sí que interesa destacar que, en virtud de lo dicho, la competencia legislativa de las Comunidades de segundo grado sobre los montes es menor que la de las de primer grado, puesto que la legislación posible no sólo habrá de respetar la «legislación básica» del Estado (a lo que están obligadas también las de primer grado, pero se trata solamente de respeto, del mismo modo y en el mismo sentido que la legislación del Estado debe respetar la Constitución, es decir, configurándose un Poder Legislativo *libre*, sólo vinculado a ese respeto de la legislación básica, pero que permite la articulación de políticas muy diferentes por medio de las correspondientes Leyes territoriales), sino que, además, habrá de *desarrollarla*, lo que quiere decir que la legislación estatal tiene aquí atribuida una función delimitadora de la competencia territorial, que la hace depender de aquélla. No se trata aquí de la posibilidad de dictar Leyes que, dentro del respeto a lo que es «básico» de la legislación del Estado (en el sentido con que el Tribunal Constitucional entiende lo que es «básico»), pueden contener sucesivamente en el tiempo, incluso prescripciones contrapuestas por ser expresión de políticas opuestas, sino únicamente de *desarrollar la materia en los términos* en los que la legislación del Estado lo consienta o, incluso, lo dirija obligatoriamente en cumplimiento de la función delimitadora de la competencia misma que el Estatuto le ha atribuido (36).

Todo ello no obstante, el margen de maniobra es todavía amplio, y la atención de las necesidades señaladas y, probablemente, la mayor parte de las que desde otras perspectivas puedan destacarse, podrán ser atendidas por medio de la legislación territorial. La instrumentación de soluciones por medio de medidas de política legislativa regional queda así abierta.

(35) Cfr. MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho público...*, cit., p. 522.

(36) Cfr. MUÑOZ MACHADO, S.: *Op. cit.*, pp. 423 y ss.