

29 de diciembre de 1961.

**AYUNTAMIENTO DE COVALEDA
BIENES COMUNALES**

- Bienes comunales.
- Aprovechamiento de montes de este carácter.
- Concesiones temporales periódicas de explotación exclusiva.
- Condiciones personales, de vecindad, vinculación y arraigo del titular de la concesión.
- Formación de lotes, enteros y medios.
- Ordenanzas municipales.
- Normas consuetudinarias y de usos antiguos a que se han de acomodar.

DICTAMEN

EMITIDO A INSTANCIA DEL AYUNTAMIENTO DE COVALEDA (SORIA) SOBRE ORDENACION y DISFRUTE DE APROVECHAMIENTOS DE BIENES COMUNALES

ANTECEDENTES

Primero. El pueblo de Covaleda, poseedor de patrimonio comunal, se acogió a lo prevenido en el Real Decreto número 1.042, de 8 de abril de 1930, sobre ordenación y disfrute de aprovechamientos de los bienes comunes y respeto a regulaciones consuetudinarias, y sometió al Ministerio de la Gobernación un proyecto de Estatutos para el régimen y reparto de dichos aprovechamientos. Por Real Orden de 30 de diciembre de 1930, previa audiencia del Consejo de Estado, fueron aprobados dichos Estatutos. Se reconocía en éstos el derecho al disfrute de aprovechamiento de pinos a favor de todos los varones que sean mayores de veinticinco años, siempre que justifiquen ser hijos o nietos de padres o abuelos que desciendan de la localidad, y que los abuelos hayan sido vecinos de la misma. Nada se estatuyó en el sentido de corresponder sólo medio lote al varón casado con mujer que no tuviera esa ascendencia.

Segundo. Al comenzar a regir la Ley Municipal de 1935, y señalarse en ella una norma general para el disfrute de los aprovechamientos vecinales, quedaron virtualmente invalidados los Estatutos de Covaleda, aprobados en el año 1930, por ser incompatible el régimen tradicional en ellos recogido, con los preceptos generales de aquella Ley. Pero, posteriormente, una Ley de 23 de diciembre de 1948 dispuso que los Ayuntamientos y juntas vecinales que viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de montes comunales mediante concesiones periódicas a los vecinos, de suertes o cortas de madera, de acuerdo con normas consuetudinarias o reglamentaciones locales tradicionalmente observadas, podrán exigir a aquéllos, como condición previa para participar en los aprovechamientos forestales indicados, determinadas condiciones de vinculación, arraigo o permanencia, según costumbre local, siempre que estas condiciones singulares y la cuantía máxima de las suertes o lotes sean fijadas en Ordenanzas especiales, que necesitarán para su puesta en vigor la aprobación del Ministerio de la Gobernación, el cual la otorgará o denegará oído el Consejo de Estado.

Tercero. El Ayuntamiento de Covaleda se acogió a esta Ley de 1948 y formó una nueva Ordenanza en 19 de mayo de 1949, que mereció la aprobación del Ministerio de la Gobernación. En ella sólo se reconocía *medio lote* a los varones o hembras mayores de veinticinco años, casados con forastera; es decir, que el lote entero sólo se atribuía a matrimonios en que ambos cónyuges fueran hijos o nietos de padres o abuelos descendientes del pueblo.

Cuarto. El apartado 4 del artículo 192 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 transcribía el respeto a las normas consuetudinarias de disfrute de aprovechamientos vecinales en los mismos términos de la Ley de 23 de diciembre de 1948. El Ayuntamiento de Covaleda continuó aplicando las Ordenanzas de 1949.

Quinto. En agosto de 1960, un vecino de Covalada, mayor de veinticinco años, descendiente del pueblo, casado con forastera, a quien conforme a dicha Ordenanza corresponde *medio lote* de pinos, solicitó del Ayuntamiento que se declarase su derecho a un *lote entero*, alegando ser ésta la costumbre positivamente recogida en los Estatutos del año 1930. El Ayuntamiento de Covalada desestimó esta reclamación; y habiendo interpuesto el reclamante, contra ese acuerdo municipal desestimatorio, recurso contencioso-administrativo, la Sala de dicha jurisdicción de la Audiencia Territorial de Burgos, en sentencia de 7 de noviembre de 1961, declara nulo aquel acuerdo, por no ser conforme a Derecho, en cuanto se refiere a los aprovechamientos posteriores a la campaña 1959-1960.

Sexto. Esta sentencia, en lo atinente al referido pronunciamiento, se funda en los siguientes considerandos:

«Considerando: Que las Ordenanzas de 1949 regulan los aprovechamientos, por cuanto se refiere a los extremos debatidos en este proceso, de la forma siguiente: *a)* corresponde lote entero a los varones mayores de veinticinco años descendientes de naturales y vecinos de Covalada que hayan disfrutado de aprovechamientos comunales de pinos, casados con mujer que reúna las mismas circunstancias, con residencia fija en la localidad y casa abierta en la misma; *b)* corresponde medio lote a los varones y hembras solteros en quienes concurren los requisitos indicados, y los que se casen con forasteros mayores de veinticinco años, siempre que lleven nueve meses de residencia fija en el pueblo después de haber contraído matrimonio y antes de 1 de octubre de cada año y tengan casa abierta en el pueblo.

Considerando: Que como se puede observar y mediante la comparación de los Estatutos de 1930 y de las Ordenanzas de 1949, éstas restringen bastante el número de beneficiarios al exigir nuevas circunstancias cuya concurrencia no preveía aquél, y entre ellas: 1) que los ascendientes hubieran percibido de hecho los aprovechamientos, con olvido del principio de irretroactividad frente a los derechos adquiridos, cuya existencia no depende de su efectividad o reconocimiento por la Administración; 2) que para tener derecho a lote completo se requiere la concurrencia de las condiciones de vinculación, arraigo y permanencia de los dos cónyuges; 3) que, por tanto, para los solteros y para los casados con forasteros se reduce la participación a medio lote; 4) que respecto de los últimamente citados, se añade la exigencia de un tiempo mínimo de residencia, antes desconocido.

Considerando: Que la comparación efectuada se deduce que las Ordenanzas de 1949 no se han limitado a recoger la costumbre tradicionalmente observada, que fue formulada por escrito al redactarse los Estatutos de 1930, desde el momento en que se separa en cuestiones fundamentales de esta última reglamentación (cuya eficacia, a estos efectos, deriva exclusivamente de haber recogido las normas consuetudinarias y nunca de su vigencia, pues quedaron derogados en 1935) y en consecuencia infringe el artículo único de la Ley de 23 de diciembre de 1948, que excepcionalmente y con carácter privilegiado (lo que supone siempre una interpretación estricta de la autorización concedida) permitió la conservación y el respeto de las costumbres locales y no la creación *ex novo* de situaciones de desigualdad, como ocurre al introducirse innovaciones respecto de lo tradicionalmente observado hasta 1935, y, por tanto, tal

Ordenanza sólo puede aplicarse en cuanto no esté en contradicción con las normas consuetudinarias tal y como figuran en los Estatutos de 1930.»

CONSULTA

La ha formulado el Ayuntamiento de Covalada, interesando dictamen del Letrado que suscribe, acerca de los siguientes extremos:

- 1) Si examinados todos los puntos tratados por la sentencia de Burgos, ésta se ajusta a Derecho.
- 2) Si necesariamente ha de respetarse la costumbre tal como estaba en las Ordenanzas de 1930, o si cabe alguna variación (como hicieron en las Ordenanzas de 1949).
- 3) Si prosperaría la apelación y si después de la sentencia estas Ordenanzas de 1949 hay que reformarlas.

DICTAMEN

I

La sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos funda la anulación de la Ordenanza de 1949 en su ilegalidad, en la circunstancia de ser contraria a la Ley de 23 de diciembre de 1948. Es decir, se aplica el principio de jerarquía de normas jurídicas, proclamado en el artículo 17 del Fuero de los Españoles, y más explícitamente recogido en el artículo 23 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración.

Esta doctrina, en términos generales, es irreprochable. Pero cabe examinar si la sentencia objeto de consulta la aplica adecuadamente.

La Ley de 1948 -que se considera como norma jurídica de grado jerárquico superior a la Ordenanza municipal de 1949- se limita a dar validez y eficacia a las reglas consuetudinarias de disfrute de aprovechamientos comunales, que hayan sido fijadas en Ordenanzas especiales aprobadas por el Ministerio de la Gobernación, oído el Consejo de Estado. Queda bien claro que *en el texto legal* no se señalan prescripciones concretas acerca de la cuantía de los lotes, ni de si el vecino casado con forastera tiene derecho a un lote entero o tan sólo a medio lote. *La Ley se remite* a la Ordenanza que se redacte conforme a *costumbres*; la constatación de estas normas consuetudinarias corresponde al propio Ayuntamiento; y el control o fiscalización de que las normas consuetudinarias están bien recogidas o reflejadas en la Ordenanza, corresponde al Ministerio de la Gobernación, oído el Consejo de Estado.

La contradicción que descubre la sentencia no radica, pues, en la comparación de la Ordenanza de 1949 con *la Ley* de 1948, sino en la comparación de dicha Ordenanza con

la *costumbre* que se recogió en la Ordenanza de 1930. Y sólo indirectamente, al constatar esa contradicción de la fórmula consuetudinaria de 1949 con la fórmula de 1930, se aprecia la conculcación de la Ley de 1948.

En ese razonamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Burgos se llega a la conclusión después de sentar unas premisas intermedias de dudosa solidez lógica. Si en el año 1949 el Ministerio de la Gobernación, oído el Consejo de Estado, dio por bueno que las normas de esa Ordenanza recogían la costumbre del país, es indudable que tales Ordenanzas se acomodaron a la Ley de 1948, que sometía a ese requisito el reconocimiento de la efectividad de la costumbre. Por consiguiente, se sentó entonces una *declaración de hecho probado* - pues la *costumbre*, a efectos de prueba, es un mero *hecho*- declaración para la cual era competente el Ministerio de la Gobernación, y que significaba el cumplimiento del requisito de legalidad de la Ordenanza. Sostener ahora que ésta es ilegal porque no recogió la costumbre, puede ser un rigorismo en la observancia del principio de respeto a la *jerarquía de las normas jurídicas*; pero puede implicar una conculcación del no menos respetable principio de *seguridad jurídica*. Si el Ministerio de la Gobernación en 1949 declaró que la Ordenanza era conforme a la Ley, precisamente en el extremo de ser conforme a la costumbre, el someter a revisión indefinidamente, por tiempo ilimitado, ese control de legalidad, sólo conduce a la inseguridad y a la intranquilidad.

Por consiguiente, la sentencia consultada adolece de la incorrección de apreciar que la Ordenanza de 1949 es contraria a la Ley, cuando lo único que aduce es que -a juicio de la Sala- es una Ordenanza contraria a la *costumbre*.

En los antecedentes examinados no consta si en período de prueba – puesto que el pleito contencioso-administrativo la tuvo- se demostró que la costumbre anterior a 1949 era la de que los varones casados con forasteras sólo tuvieran derecho a medio lote. Supuesto que se haya aprobado ese extremo, seguiríamos pensando que el fallo anulatorio se funda no en que se ha aplicado una Ordenanza *contra legem*, sino en que la tal Ordenanza es contraria a la verdadera *costumbre*. Pero el razonamiento de la sentencia no alude a más prueba que la que resulta de los Estatutos de 1930. Pues bien, esto no es bastante para sostener que la Ordenanza de 1949 modifica la costumbre, porque podría ocurrir que el Estatuto de 1930 no reflejase la norma consuetudinaria en toda su integridad, o con plena exactitud; o que en el año 1930 no constase la norma que se había observado en casos de matrimonio de descendiente del pueblo con forastera.

Es decir, la Ordenanza de 1949 puede ser contraria a los Estatutos de 1930 y no ser contradictoria con la costumbre de 1949.

Puede, pues, responderse al primer extremo de la consulta en el sentido de que la sentencia de Burgos no se ajusta a Derecho, porque da por supuesto que se ha aplicado una Ordenanza contraria a costumbre, porque ésta es una declaración *de hecho* que sustituye a la que ya se hizo por el Ministerio de la Gobernación en 1949, lo que arguye infracción del principio de seguridad jurídica; y porque confunde la Ordenanza contra costumbre con la Ordenanza *contra legem*.

En el supuesto de que las normas que contiene la Ordenanza de 1949 no respetaron las normas consuetudinarias de reparto de lotes, no debieron haber sido acordadas, pues la Ley de 1949 no autorizaba a introducir alteraciones en el régimen consuetudinario. Podrán haberse acogido normas complementarias, para suplir lagunas o vacíos en la costumbre. Pero no era lícita una innovación en lo sustancial o en contra de lo sustancial.

Ahora bien, debe quedar claro que el hecho de que la Ordenanza de 1949 no fuese un calco o reproducción de los Estatutos de 1930, no significa que necesariamente aquella Ordenanza fuera contraria a la costumbre. La misma fuerza de control aprobatorio tiene la Orden de Gobernación de 1949 que la de 1930, con la ventaja de que la de 1949 es posterior.

III

Es muy difícil anticipar juicios sobre si prosperaría la apelación. Si en los autos consta la demostración de que, tradicionalmente, los varones con ascendencia del pueblo, casados con forastera, venían disfrutando de lotes enteros iguales a los de los matrimonios en que ambos cónyuges son del pueblo, parece que esta observancia pesará *moralmente* en el ánimo del Tribunal Supremo, en contra de la apelación. Pues la verdad es que no podían innovarse las costumbres sobre aprovechamientos comunales.

Si la sentencia se confirma o si queda firme por no sostenerse la apelación, parece procedente que se reformen las Ordenanzas de 1949; si bien sería aconsejable que se siguiese el mismo procedimiento que cuando se acordaron: sumisión a aprobación del Ministerio de la Gobernación.

Es la opinión del Letrado suscrito, que, como siempre, sometería gustoso a otras si resultaren mejor fundadas.

Madrid, 29 de diciembre de 1961.