

## 1. COMENTARIO MONOGRAFICO

# ES NULO EL BANDO DE UN ALCALDE POR EL QUE SE REGULA EL APROVECHAMIENTO DE BIENES COMUNALES

340.142: 352.711

por

**Nemesio Rodríguez Moro**

Así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1983 (Ar. 5239), por estimar que el Alcalde no tiene competencia para establecer una normativa sobre esta materia, puesto que ello le corresponde por Ley al órgano colectivo, el Ayuntamiento, siendo, por tanto, nulo *a radice* el Bando que dictó el Alcalde al efecto.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales dispone que tales Entidades podrán intervenir la actividad de sus administrados mediante «Ordenanzas, Reglamentos y Bandos de policía y buen gobierno», todo ello para conseguir la mejor gestión de los intereses específicos de la Comunidad municipal. Pero surge la pregunta: ¿Cuál es el contenido de cada una de dichas normas?

La palabra Ordenanza procede del verbo «ordenar», el cual, además de la acepción de mandar, ordenar, disponer que se haga una determinada cosa, tiene también el significado de poner orden, concierto y buena disposición en una cosa.

Cercano a este significado se halla el de la palabra «Reglamento», que viene a suponer un conjunto ordenado de reglas o preceptos

que se dan para la ejecución de una Ley o para el régimen de una Corporación, de una Dependencia o de un Servicio.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, «Ordenanza» y «Reglamento» no tienen una específica precisión terminológica tal que permita fijar con exactitud el contenido de cada uno de ellos. Para SAYAGUÉS LASO, es Reglamento el acto unilateral de la Administración que crea normas jurídicas generales. Es una Ley en sentido material, no formal.

Parecida es la significación de «Ordenanza», de tal modo que por algunos tratadistas se emplea la palabra Ordenanza en el mismo sentido que otros utilizan el término Reglamento, con lo cual se pone de manifiesto la similitud de contenido de uno y otro término. Y en el Derecho positivo de diversos países se utilizan ambos vocablos con casi la misma significación.

La Ordenanza, que ha tenido entre nosotros algunas manifestaciones fuera del ámbito municipal (recuérdense las Ordenanzas Militares, las de la Armada, las de Montes de 1833, etc., y la Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960), adquiere especial relevancia en el Derecho municipal. JORDANA DE POZAS lo pone de relieve al decir que las Ordenanzas municipales forman el cuerpo más copioso y notable del Derecho público y consuetudinario que existe en nuestro país. FORSTHOFF dice que las Ordenanzas son preceptos jurídicos establecidos por las Corporaciones de Derecho público en el marco de la autonomía que les está conferida por la Ley, siendo, por tanto, fuentes jurídicas secundarias que derivan su eficacia de una autorización legal a que, por consiguiente, están supeditadas en cuanto a su contenido y extensión.

Las Ordenanzas municipales, de modo parecido a los Reglamentos, contienen preceptos de detalle dirigidos a poner en ejecución normas jurídicas superiores, complementando éstas e incluso regulando materias que, sin tener disposiciones superiores, convenga al buen gobierno de la cosa local.

Las Ordenanzas han de atenerse a los siguientes requisitos:

- a) No pueden contravenir disposiciones de rango superior.
- b) No podrán contener disposiciones que no se hallen dentro de la esfera de competencia de la Corporación.
- c) En su elaboración y aprobación ha de ajustarse a las normas de procedimiento establecidas al efecto.

Refiriéndonos ya al Bando, ha de decirse que viene a ser una norma de carácter general que dicta la autoridad competente y que pone en conocimiento de sus administrados. Y si bien pudiera parecer similar a la Ordenanza, de ella se distingue por su contenido y por la autoridad de la que emana. La Ordenanza ofrece un contenido de mayor alcance, de más importancia, en tanto que el Bando contiene normas de menor rango. La Ordenanza la elabora y aprueba el Ayuntamiento Pleno, en tanto que el Bando lo dicta el Alcalde. Ese tono menor del contenido de los Bandos que dicta el Alcalde, se pone de relieve en los motivos más corrientes que dan lugar a los mismos. Así, unas veces, se limitarán a recordar el cumplimiento de una disposición legal o reglamentaria; otras, que en tales fechas o lugares se llevarán a cabo determinadas actuaciones, por ejemplo, cuando se señalan las fechas y lugares en que se haya de realizar el alistamiento, talla y reconocimiento de los mozos a efectos del servicio militar; otras, se da a conocer al público una situación que obliga a cumplir determinadas obligaciones por parte del mismo, por ejemplo, cuando se ordena a los propietarios de perros que los vacunen contra la rabia dentro del plazo que allí se fija, etc. En otras ocasiones, se pide al vecindario que colabore con la autoridad a la brillantez de determinadas fiestas religiosas o profanas, o cuando se interesa del vecindario, con ocasión de la visita de un huésped ilustre, que lo acoja con cariño y calor, engalanen sus balcones y estén presentes en los lugares por donde haya de pasar.

Aun cuando, como antes se ha indicado, pueden otras autoridades en circunstancias de excepción dictar Bandos, es el Alcalde la autoridad que de modo más normal y corriente ejercita tal función. El artículo 114 de la Ley de 2 de octubre de 1877 consignaba que es atribución del Alcalde, como Jefe de la Administración municipal, dirigir todo lo relativo a policía urbana y rural, dictando al efecto los Bandos y disposiciones que tuviere por conveniente, conforme a las órdenes y resoluciones del Ayuntamiento en la materia. Y en la Ley de 24 de junio de 1955, se dice, en el artículo 108, que en la esfera de su competencia, el Alcalde podrá dictar Bandos de aplicación general en el término municipal.

Esta facultad del Alcalde tiene tanta raíz histórica y se manifiesta tan constantemente en toda la rica gama de actividades administrativas de los Municipios, que bien puede asegurarse que el Bando es una típica y bien caracterizada función de los Alcaldes.

Como ya se ha dejado indicado con anterioridad, el Bando ha de

ajustarse a las normas jurídicas superiores; como dice el artículo 108 de la Ley municipal vigente, en ningún caso podrá contener preceptos opuestos a las Leyes o disposiciones generales. Y si se infringe esta norma general, el Bando será nulo *a radice*, de pleno derecho, como dice el Tribunal Supremo en la sentencia que es objeto de comentario. Y para llegar a tal conclusión, el Supremo Tribunal no sólo aduce que una regulación de carácter general, como la que se contiene en el Bando objeto de recurso, ha de ser materia de Ordenanza y no de Bando, y que, en consecuencia, sería el Ayuntamiento Pleno el competente para ello, y no el Alcalde, sino que por tratarse del aprovechamiento de bienes comunales, materia ésta reservada al Pleno de la Corporación, al resolver sobre ello el Alcalde, se produce una manifiesta nulidad por carecer de competencia.

Seguidamente, se transcriben los considerandos de la sentencia comentada, a fin de que puedan conocerse con toda exactitud los pormenores del razonamiento del Tribunal. Dicen así:

*Considerandos de la sentencia apelada que se aceptan:*

3.º Que por lo que atañe al fondo del asunto, alega la parte actora que el acto en este recurso combatido es nulo, conforme a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente, ya que el calificado por la autoridad municipal de Bando, por su contenido constituye una verdadera Ordenanza que reglamenta el aprovechamiento de los pastos comunales, planteamiento que nos lleva al estudio de la *potestad normativa de los órganos de la Administración local*, expresamente reconocida, por lo que se refiere a los Ayuntamientos, en los artículos 108 de la Ley de Régimen local y 5.º y 7.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, el segundo de los cuales incluye entre los medios de intervención de dichos Entes en la actividad de sus administrados las «Ordenanzas, Reglamentos y Bandos de policía y buen gobierno», y que se ha visto fortalecida por el explícito reconocimiento de la autonomía local para la gestión de sus intereses, que se hace por el artículo 137 de la nueva Constitución, materia esta que ha sido tratada con especial detalle y profundidad, que no enturbia su doctrina, por la sentencia de la Sala 4.ª de nuestro más Alto Tribunal de 28 de diciembre de 1977, en la que se pone de relieve *el limitado carácter propiamente normativo de los Bandos, que se reservan para cuestiones de índole menor, sirviendo a veces de recordatorio al vecindario del cumplimiento de determinadas disposiciones legales o reglamentarias, de fijación de fechas y lugares en que se llevarán a cabo concretas actuaciones o prestaciones, o de actualización de mandatos contenidos en las Leyes cuando se producen las situaciones que éstas contemplan, y se declara que cuando no nos encontramos ante una situación eventual o una medida de concreción de una norma general o de*

*mero carácter coyuntural, sino en presencia de una regulación general, esa potestad normativa debe canalizarse a través de una Ordenanza, añadiéndose en la misma resolución que aun cuando en la Ley de Régimen local no se delimitan las líneas que separan esas manifestaciones de la facultad reglamentaria de las Entidades locales, ello no supone que puedan adoptarse indistintamente cualquiera de esas dos formas, ya que habría que atenerse al sentido o finalidad de la ley en relación con la materia a regular.*

4.º *Que partiendo de la doctrina que ha quedado expuesta y analizando con detenimiento el contenido del Bando del Alcalde de Lena del mes de marzo de 1980, en el que se regula el régimen de aprovechamiento de los bienes comunales dedicados a pastizales de verano, se llega a la conclusión de que el mismo, por la materia que en sí encierra, tiene —como en la demanda rectora de este proceso se sostiene— el carácter de una verdadera Ordenanza, naturaleza que no se ve contradicha por la circunstancia de que tuviera un período de vigencia corto y predeterminado; y siendo así, es indudable que ese acto administrativo se hallaba sujeto en su elaboración al procedimiento establecido por los artículos 109 y siguientes de la Ley de Régimen local, y sometido, por tanto, a la aprobación del Pleno del Ayuntamiento, lo que está proclamando la incompetencia del órgano que lo dictó, conclusión a la que igualmente se llegaría por otro camino, pues al tratarse del aprovechamiento de bienes comunales, más concretamente del aprovechamiento de pastos en montes catalogados de la referida naturaleza —con respecto a los cuales rige una doble normativa: la local y la forestal—, la aprobación de los planes generales para su distribución y aprovechamiento también incumbe al Ayuntamiento Pleno, conforme a lo dispuesto en los artículos 125, apartado c), y 192 y siguientes de la Ley de Régimen local, 77 y 85 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y párrafo 5 del artículo 212 del Reglamento de Montes, siendo el antes mencionado órgano de la Corporación demandada al que incumbe la redacción de la correspondiente Ordenanza; razones las expuestas por las que ha de declararse la nulidad del acto combatido, por cuanto incide en el vicio previsto en el apartado a) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo al haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente, acogiendo así la pretensión que se articula bajo el número 3 en la súplica de la demanda, sin que, por el contrario, proceda acordar la retroacción de las actuaciones que también se interesa, que estaría justificada en un supuesto de nulidad formal, pero no en casos, como el presente, en que se declara la nulidad radical o de pleno derecho, ni tampoco pueda accederse a formular las declaraciones que se solicitan bajo los números 1 y 2 de la ya citada súplica del escrito de demanda, toda vez que lo que con las mismas en realidad se pretende es el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, autorizado por el artículo 42 de la Ley Jurisdiccional, pero ese reconocimiento presupone que el acto administrativo que se impugna sea anulado por desconocer el derecho subjetivo del demandante, pero sí, como en el presente caso ocurre, se acuerda la anulación del acto, accediendo a lo pedido por la parte actora, por haber sido dictado por órgano incompetente, es claro que, dada la naturaleza revisora de esta jurisdicción, no pueden hacerse los pronunciamientos que se postulan en los referidos apartados.*

*Considerandos del Tribunal Supremo:*

CONSIDERANDO: Que los motivos que se aducen como fundamentos de las pretensiones de apelación y adhesión son reproducción del debate en instancia y que la sentencia impugnada analiza extensamente y con acierto para, en fin, decretar la nulidad del Bando de la Alcaldía de Lena por entender no ser instrumento normativo adecuado al efecto, pues aparte su temporalidad (no esencial como nota característica), incluye reglas o normas destinadas (apartados 2 y 3) a establecer unos criterios administrativos en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de los montes comunales más allá de lo instrumental, y por ello, acorde con la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1977, y como, por otro lado, la materia de pastos en montes comunales exige un Plan anual que ha de ser aprobado por la Administración forestal (arts. 192 y sigs. de la Ley y 212 y concordantes del Reglamento de Montes), la autoridad local puede y debe regular el aprovechamiento mediante una Ordenanza local —según costumbre y demás peculiaridades— que ha de ser tenida en cuenta por la autoridad forestal al confeccionar y aprobar el Plan; en este sentido —o perspectiva de enjuiciamiento— es plenamente asumible la consecuencia sentada por la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que el resto de las peticiones de declaraciones de derechos que se contiene en la pretensión inicial, y que se reitera a través de la adhesión, difícilmente pueden prosperar dentro del ámbito de este proceso (estimación de la pretensión anulatoria), originado por la regulación del ejercicio del derecho a los aprovechamientos de pastos en montes comunales en forma formalmente incorrecta, estimando en tal sentido la pretensión, pero no en otro, por cuanto que desde el punto de vista material no puede olvidarse el alcance que en cuanto al reconocimiento del dominio del monte comunal a favor del Ayuntamiento cabe atribuir a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1972, en la que se declara la titularidad dominical del Municipio sobre los montes de autos de carácter comunal, a la vez que se rechaza la posesión exclusiva o disfrute preferente de los vecinos sobre los montes discutidos al declarar, al contrario, que los montes durante siglo y medio —a partir del presente— fueron aprovechados compartidamente por todos los vecinos del Concejo de Lena, de la que son —además de la conclusión extraída de las pruebas documental y testifical— hechos concluyentes: la existencia de cabañas de vecinos de otras aldeas, etc., que no puede estimarse como uso permitido o tolerado, pues su enclavamiento es exteriorización de una posesión estable que pugna con total exclusividad en favor de los actores. Por otro lado, el aprovechamiento en mano común (de forma consuetudinaria e inmemorialmente) a favor de los vecinos de los pueblos de ubicación de los montes carece —según la ejecutoria civil— de todo apoyo en los autos, hasta el punto de resaltarse que la posesión esgrimida arranca del catálogo confeccionado después del proceso desamortizador; unido todo ello al rechazo de la prescripción extraordinaria basada en el aprovechamiento consuetudinario y exclusivo, tesis que no se sostiene frente a los hechos que se declaran probados, que contradicen el aprovechamiento exclusivo alegado.