

LA MUTACION DEMANIAL DE LOS BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES DE ANDALUCÍA: DESATINO NORMATIVO Y SOLUCIONES

Tomás Cobo Olvera
Magistrado de lo Contencioso-Administrativo

Sumario: I.- Introducción. II.- Inalienabilidad de los bienes de dominio público de las entidades locales de Andalucía. III.- Alteración jurídica de los bienes. IV.- La mutación demanial: regulación en las entidades locales de Andalucía. V.- Bibliografía

I.- INTRODUCCIÓN.-

Para llevar a cabo un análisis de la mutación demanial de los bienes de dominio público, en este caso referido a la bienes de la Administración local, es imprescindible hacer referencia a las siguientes cuestiones: 1) Alcance de la prerrogativa de inalienabilidad de los bienes de dominio público, toda vez que en determinados supuestos se produce con la mutación demanial una verdadera enajenación del bien. 2) Alteración jurídica de los bienes, ya que la mutación no viene a ser más que una doble alteración jurídica: desafectación y simultánea afectación. 3) Análisis de la normativa autonómica andaluza que regula la mutación demanial de estos bienes para las entidades locales de Andalucía, haciendo especial hincapié en la inadecuada regulación llevada a cabo, fundamentalmente en el Reglamento de la Ley de Bienes de Andalucía, así como sugerir una posible solución al desatino reglamentario, que ya adelanto, considero que es nulo por contradecir el contenido de la propia Ley de Bienes Andaluza, que dicho Reglamento viene a desarrollar.

II.- INALIENABILIDAD DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO DE LAS ENTIDADES LOCALES DE ANDALUCÍA.-

El art. 132 de la CE determina que “La ley regulará el régimen de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad...”.

El art. 80 de la LBRL señala que “1. Los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables... 2. Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación

específica y, en su defecto, por las normas de Derecho Privado”. En los mismos términos se pronuncia el art. 5 del RBCL.

El art. 6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, precepto que es básico, dice que “la gestión y administración de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones Públicas se ajustarán a los siguientes principios: a) Inalienabilidad...”. Determinándose en el art. 30.1 de la misma Ley, que es de aplicación plena, que “los bienes y derechos de dominio público son inalienables...”.

El art. 3 de la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, Ley de Bienes de las Entidades locales de Andalucía, determina que “los bienes de dominio público incluidos los comunales, mientras conserven su carácter, son inalienables...de acuerdo con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local”. El art. 4 del Reglamento de la Ley Andaluza, Decreto 18/2006, de 24 de enero, igualmente determina que los bienes de dominio público son inalienables.

El marco normativo referenciado, con bastante claridad, viene a determinar, con aplicación a todas las Administraciones Públicas, por ser de aplicación plena según la normativa estatal, y entre ellas a las Entidades locales, que no se podrán enajenar bienes que estén afectados a un uso o servicio público o comunal. Como ha dicho BALLESTEROS MOFFA¹ “el principio de inalienabilidad supone la imposibilidad de enajenación, de suerte que las ventas de bienes demaniales son nulas de pleno derecho y no pueden ser subsanadas o convalidadas. La nulidad radical o de pleno derecho, por tanto, es la consecuencia jurídica de la infracción de la regla de la inalienabilidad, desde el momento en que es ésta la consecuencia para todo contrato carente de objeto conforme al artículo 1261 CC, teniendo en cuenta el carácter inenajenable del demanio”.

La Ley cuando dice que éste tipo de bienes son inalienables los está protegiendo preferentemente frente a los órganos decisorios de la propia Entidad local. Actuación de la Administración siempre necesaria como decía la STS de 15-3-1981 (RJ 1981\1800): "dado el carácter inalienable... de los bienes comunales, para la desafección de dicho destino público no basta que el particular o particulares los haya usurpado sino que se precisa un acto de la Administración que expresamente lo declare -S. de 5 enero 1971- sin que pueda tampoco adquirirse la posesión jurídica de los mismos dado el carácter que revisten los bienes 'extra commercium' por su dedicación a un fin público que no podrían perder por un acto privado de posesión abusiva que por sí mismo no haría desaparecer el carácter extracomercial de tales bienes".

En consecuencia, las Comunidades Autónomas, a la hora de ejercer su competencia legislativa en esta materia, deben necesariamente respetar los preceptos

¹ BALLESTEROS MOFFA, L.A. “Protección y defensa del patrimonio: obligación administrativa, cooperación y límites a la disponibilidad”, ob col. Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, 2004, pág. 291.

básicos y de aplicación plena cuya competencia viene atribuida al Estado por la Constitución. Y en lo que ahora interesa conviene incidir en que los bienes de dominio público no podrán ser enajenados mientras mantengan dicha calificación.

III.- ALTERACIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES.-

La alteración jurídica de los bienes de las Entidades locales, como de cualquier Administración, consiste en el cambio de naturaleza por afectación a un uso o servicio público o por desafectación de un uso o servicio público. Alteración que puede ser realizada por ley o bien a través de un acto singular y expreso por el órgano que legalmente se determine y a través del procedimiento también legalmente previsto.

La alteración jurídica, por tanto, comprende tanto la afectación como la desafectación.

La afectación consiste en otorgar a un bien patrimonial la naturaleza y régimen jurídico de bien de dominio público o comunal, todo ello en base al cambio de destino y uso que experimenta², provocando una vinculación entre el bien y la función pública, y otorgándole un régimen de protección especial fundamentado en el destino público al que queda sometido.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas de 1985 (FJ 14º), señalaba la finalidad de la afectación al dominio público de los bienes como "una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esa exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato", persiguiendo con ello distintos fines, "típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privados, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional, garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial u otros similares".

² PARADA VÁZQUEZ, J.R. Derecho Administrativo (Bienes Públicos y Urbanismo), págs. 63 y ss., dice: "El inicio de la afectación y, por consiguiente, del régimen de demanialidad, no se produce de la misma forma para todos los bienes de dominio público. Es lógico que así sea, dada la variedad de éstos, y la consiguiente diversidad de regulaciones donde no siempre son posibles las unitarias. Los bienes de dominio público natural o necesario (los ríos, la zona marítimo-terrestre, las playas, etc.) adquieren el carácter demanial normalmente en función de dos elementos: a) La aplicación de un precepto de carácter general que establezca esa condición para todo un género de bienes. b) La circunstancia de que en el bien en concreto se den las características físicas que permitan considerarlo incluido en aquél. No es, pues, necesario en este supuesto actividad administrativa alguna de carácter constitutivo: la adquisición de la demanialidad es, salvo que la Ley diga otra cosa, independiente del comportamiento de la Administración y queda en manos del legislador y de la propia naturaleza y evolución de las cosas...El dominio público artificial, constituido...por bienes cuyas condiciones físicas son similares a otros bienes de propiedad privada (edificios, parques, etc), el comienzo de la demanialidad se produce por virtud de una actividad administrativa, que, supuesta la propiedad privada del Ente público, incorpora el bien al régimen jurídico propio de la demanialidad. Esa actividad es justamente la técnica de la afectación del bien a un uso o servicio público y puede resultar formalmente de un acto administrativo o de una situación de hecho".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido determinando los requisitos exigidos para entender producida la alteración jurídica de los bienes. Así la sentencia del T.S. de 21-6-1983 (RJ 1983, 3362), decía: "...si bien la finca adquirida por el apelante lindaba con una zona de la finca matriz, destinada a viales, ello no significa que por ese sólo hecho, tales terrenos tuvieran la condición de vías públicas, ni estuvieran, por ese sólo hecho, afectada al dominio público, con destino al uso público, ya que para ello eran precisas dos condiciones: la primera que salieran del patrimonio de la propietaria y entraran en el patrimonio municipal, y la segunda que, una vez fuera del dominio particular y dentro del de la Administración, ésta realizara un acto de afectación, y, en el caso de las vías públicas, la correspondiente apertura al público, transformando los terrenos en calles, mediante el establecimiento de los servios públicos imprescindibles, ya que mientras no se realicen estos dos actos o actuaciones, los terrenos en cuestión no serán susceptibles de tráfico privado, estarán sujetos a limitaciones, o se venderán con esa cualidad, pero sin que ello signifique que por el sólo hecho de estar destinados a viales, sean ya vías públicas, existiendo entre ambos conceptos la diferencia que existe entre la potencia y el acto, entre lo que puede ser y lo que es, y mientras ello no sea, y se limite a poder ser, no pueden atribuirse los mismos efectos que cuando el resultado se produzca, y el futuro vial sea ya de hecho, una vía pública"³.

La desafectación por el contrario, consiste en desproveer al bien de la naturaleza demanial, por cambio igualmente de destino o uso público o comunal. Sería la situación inversa a la afectación⁴. Lo que no es posible es desafectar los bienes de dominio público por naturaleza a que hace referencia el art. 132. 2 de la CE. En este sentido la sentencia del TS de 3 -3-1998 (RJ 1998, 2101), señala que "el Estado carece de facultad para desafectar la zona marítimo-terrestre, dado que se trata de un bien demanial por naturaleza (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 6 julio 1998 -RJ 1998, 5557- por declaración legal, debemos añadir (art. 132.2 CE)".

El cambio de destino o uso por otro u otros igualmente de dominio público no conlleva una alteración jurídica (sería una mutación demanial). Así lo declara la STS de 1-10-2003, RJ 2003, 8133, al decir "si partimos de la consideración de la tan repetida parcela como un bien de dominio público con una primitiva adscripción a un uso asistencial y religioso, la posterior modificación puntual del mismo PGOU en la que se sustituye dicha adscripción por la correspondiente a un fin socio-cultural, no implica el equivalente a un proceso de desafectación automática del art. 81.2 a) de la LBRL, ya que la finalidad de satisfacción de un servicio público que determinó su calificación no habrá sido alterada y seguiría constituyendo la nota característica de su calificación como bien demanial". Sin embargo, considero que desde un punto de vista formal sí nos encontramos ante una alteración jurídica, consistente en una desafectación y afectación simultánea, como después se analizará.

³ En igual sentido se ha pronunciado la sentencia del TS de 24-11-1994, RJ 1994/8936.

⁴ PARADA VÁZQUEZ, J. R. "Derecho Administrativo..." pág. 65, señala: "El cese de la demanialidad se produce a través del fenómeno inverso de la afectación, cuyo efecto es convertir el bien demanial en bien patrimonial".

La Ley 7/1999, de Bienes de las Entidades locales de Andalucía no contiene un concepto de alteración jurídica de los bienes, en su art. 5 se refiere a la competencia y procedimiento para llevar a cabo dicha alteración, desarrollada esta materia en su Reglamento: Corresponde a las Entidades locales acordar la alteración de la calificación jurídica de sus bienes, previo expediente en el que se acredite su oportunidad o necesidad de conformidad con la legislación vigente. El Decreto 18/2006, de 24 de enero, Reglamento de Bienes de las Entidades locales de Andalucía, en su art. 9.1, regula el procedimiento de alteración expresa de los bienes: 1. Corresponderá al Pleno de la Entidad Local acordar la alteración de la calificación jurídica de sus bienes, previo expediente en el que se motive su oportunidad o necesidad, y se tramitará con arreglo al siguiente procedimiento: a) Resolución de la Presidencia de la Entidad Local ordenando la incoación del expediente. La resolución dispondrá que se incorpore un informe sobre la situación física y jurídica del bien, con referencia expresa al asiento del Inventario de Bienes y nota simple del Registro de la Propiedad, en el caso de que se trate de un bien inmueble. b) Información pública durante un mes mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia y en el tablón de anuncios de la Entidad Local. c) Acuerdo del Pleno de la Entidad Local, con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de personas miembros en el caso de bienes demaniales.

El art. 5 de la Ley, sigue diciendo, que la alteración se producirá automáticamente en los supuestos de: a) Aprobación definitiva de planes de ordenación urbana y proyectos de obras y servicios, siempre que en este segundo supuesto así se manifieste en el correspondiente acuerdo plenario, añadiendo el art. 9.2.b) del Decreto 18/2006, aun cuando la competencia de aprobación del proyecto corresponda a la Presidencia de la Entidad local. b) Adscripción de bienes patrimoniales por más de veinticinco años a un uso o servicio público o comunal. c) Adquisición por usucapión, con arreglo al Derecho Civil, del dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso o servicio público o comunal. A estos supuestos el art. 9.2, e) del Decreto 18/2006 añade la adquisición de bienes por herencia, legado, donación o cualquier otra forma de adquisición gratuita con la condición de afectarse a un uso o servicio público determinado, desde el acto formal de aceptación.

La normativa andaluza mantiene los mismos supuestos de alteración jurídica de los bienes sin el procedimiento expreso que los previstos en la legislación del Estado de régimen local. Sólo precisa que en la aprobación de proyectos de obras y servicios, se entenderá producida la alteración si así se manifiesta mediante acuerdo del pleno. Tal circunstancia entiendo transforma la alteración implícita en expresa. Curioso es el supuesto de alteración tácita añadido por el Reglamento al que se acaba de hacer referencia de adquisición por herencia, legado o donación. En este supuesto no existe una afectación tácita, sino una obligación impuesta por el cesionario del bien para que se destine a una finalidad pública (servicio o uso público).

IV.- LA MUTACIÓN DEMANIAL: REGULACIÓN EN LAS ENTIDADES LOCALES DE ANDALUCIA.-

La mutación demanial consiste en el cambio de uso o destino dado a un bien, sin que dicho cambio suponga alteración de naturaleza jurídica⁵. La mutación demanial consiste, por tanto, en el cambio de destino de un bien sin perder su naturaleza de dominio público: tanto el fin inicial como el fin al que se destinan aunque sean diferentes, son públicos. Puede ocurrir que el fin inicial y al que se destina el bien, no sólo son de naturaleza demanial, sino que además cumpla el mismo destino o finalidad. Así ocurre cuando a través de la delegación de competencias una Administración asume la gestión del servicio al que está adscrito el bien, o bien, cuando una ley efectúa un cambio en la competencia inicialmente atribuida a una Administración asignándola a otra, que la asume con todos los medios materiales.

La Ley 7/1999, de 29 de septiembre, Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (art. 7), determina que la mutación demanial se produce por el cambio de destino de un bien que sea de dominio público, por el procedimiento que reglamentariamente se determine y en particular en los siguientes supuestos: a) Alteración del uso o servicio al que estuviere destinado el bien. b) Concurrencia de afectaciones que fueren compatibles. Añadiendo el Decreto 18/2006, de 24 de enero, Reglamento de Bienes de las Entidades locales de Andalucía (art. 11): La mutación demanial subjetiva se produce por el cambio de la Administración Pública titular del bien, sin modificar su destino público.

Las mutaciones demaniales pueden tener cabida dentro de la esfera de una misma Administración. También, la mutación demanial entre distintos sujetos o por cambio de sujetos, es decir entre distintas Administraciones públicas.

La mutación demanial entre sujetos (interadministrativa) entiendo que no es viable a no ser que una ley de forma expresa lo permita. Los bienes de las entidades locales clasificados de dominio público son inalienables, no se pueden enajenar. Y un bien de dominio público local, es aquel que siendo propiedad de un Ente de ésta clase, está prestando un servicio público local, o está destinado a un uso público y la conservación y policía de dichos bienes son de la competencia de la Entidad local. De ello se deriva que al destinarse estos bienes a un uso o servicio público de competencia de otra Administración, pierden la condición de bienes de dominio público de la Entidad local. Y ésta condición sólo puede perderse mediante una alteración tácita o expresa de la calificación jurídica de dichos bienes.

⁵ PARADA VÁZQUEZ, J.R. "Derecho Administrativo...", pág. 66, dice: "Pero la mutación demanial puede afectar a otro de los elementos del demanio, como es la titularidad. Así ocurre en los supuestos de sucesión en Entes públicos (fusión de municipios en uno o agregación de parte de un término municipal a otro); también se altera la titularidad demanial cuando se produce una transferencia de una competencia sobre el servicio público a que los bienes están afectos en favor de un ente territorial diverso del que la ostentaba, máxime cuando el traspaso de competencias se efectúa por Ley".

Por tanto, considero que para que una Entidad local pueda ceder un bien de dominio público a otra Administración, es necesario previamente desproveerlo de dicho carácter convirtiéndolo en patrimonial. Y en su caso, una vez adquirido por la Administración correspondiente, ésta podrá o deberá proceder a la afectación al servicio o uso público correspondiente según su normativa propia. Si una Administración -dice BARCELONA LLOP⁶- precisa un bien de dominio público cuya titularidad corresponde a otra, la única solución posible pasa, hoy por hoy, por la previa desafectación del bien de que se trate o, en caso de conflicto, por una norma legal que solvete el problema. Para algunos autores -SALA ARQUER⁷- la mutación demanial no es más que una desafectación seguida de una afectación. Criterio que parece aceptar CHACÓN ORTEGA.⁸

La sentencia del TS de 15-4-1988 (RJ 1988, 3078), señalaba: "...los bienes cedidos por el Ayuntamiento a la Comunidad Autónoma tenían naturaleza demanial, conforme al número 2 del artículo 2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales, en cuanto destinados a un uso público, sobre todo cuando, precisamente, para entrar en la titularidad de aquél había sido necesario adquirirlos y afectarlos a la realización de un Parque público, cuya finalidad condicionante de la adquisición y del cambio de naturaleza, en cuanto a titularidad, de la cosa adquirida suponía la afectación de referencia, y es por ello por lo que, como última solución únicamente posible, se sugería por la Comunidad a la Corporación Municipal que desafectara los bienes así adquiridos para viabilizar la cuestionada cesión".

Es evidente que el legislador, como se ha adelantado, puede a través de la aprobación de una ley contemplar la posibilidad de la mutación interadministrativa. En este sentido PARADA VÁZQUEZ⁹ ponía de manifiesto que sólo una solución legislativa podrá zanjar adecuadamente la cuestión. Ahora bien, según mi criterio, salvando el escollo de la inalienabilidad, debiendo en consecuencia esa ley desposeer de tal prerrogativa al bien susceptible de mutación.

Tampoco es posible la mutación demanial dentro de una misma entidad local para ser destinado a prestar un servicio distinto sin previamente adoptar los acuerdos en los que se acredite que el servicio actual ya no es necesario que se preste, bien por la entidad local, o que ese bien ya no es necesario para la prestación de dicho servicio (es decir si previamente no se desafecta). El cambio de destino de los bienes no siempre es discrecional, no se puede perder de vista que los Municipios vienen

⁶ BARCELONA LLOP, J.R. La utilización del dominio público por la Administración: las reservas demaniales. 1996, págs. 114 y 115. Y en la pág. 113 señala: "Las mutaciones dominiales no tienen en nuestro ordenamiento efecto modificativo alguno de la titularidad sobre los bienes a los que se refieren porque su alcance queda limitado a un cambio de afectación sin alteración de la titularidad dominial. Es decir, las mutaciones demaniales operan sobre bienes cuya titularidad corresponde a una misma Administración pública, sin resolver cuestiones atinentes a las modificaciones de la titularidad del dominio público. En España, la regulación legal de las mutaciones demaniales impiden concederles otro alcance".

⁷ SALA ARQUER, J.M. La desafectación de los bienes de dominio público. Pág. 38.

⁸ CHACÓN ORTEGA, L. Bienes, Derechos y Acciones de las Entidades locales, pág. 237.

⁹ PARADA VÁZQUEZ, R. Derecho Administrativo. (Bienes Públicos y urbanismo), 1988.

obligados a prestar determinados servicios, en todo caso, salvo que la CCAA, de forma expresa exima de esa obligación (art. 26 LBRL). Por tanto, la Corporación local no puede destinar el bien a otros servicios, si no queda debidamente acreditado que se va a seguir prestando al que están adscritos los bienes, contando como soporte físico de otros bienes. Intervención en la toma de decisiones que debe tener el vecino, ya que según el art. 18.1.g) LBRL, en tal condición está legitimado para exigir a la Corporación la prestación de los servicios obligatorios.

En definitiva, la mutación demanial aunque su resultado consista en el mantenimiento del destino público al que estaba destinado antes de producirse la misma, nos encontramos ante una verdadera alteración jurídica que es necesario llevar a cabo a través de un determinado procedimiento.

Las disposiciones legales estatales en materia de régimen local (LBRL, TRRL, RBCL) no hacen referencia a la mutación demanial lo que ha provocado dificultades a la hora de determinar tanto su alcance como el procedimiento que debe seguirse para la declaración de cambio de destino de un determinado bien.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su art. 71 señala que "1. La mutación demanial es el acto en virtud del cual se efectúa la desafectación de un bien o derecho del Patrimonio del Estado, con simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella". El art. 72 de la misma ley exige la tramitación de un expediente para la mutación de destino de los bienes estatales. En definitiva, como se puede advertir esta Ley viene a contemplar la mutación demanial como una desafectación del bien o derecho al fin público al que venía destinado, con simultánea afectación a otro uso o fin público. Estas disposiciones no son básicas ni de aplicación plena, sólo podrán ser aplicadas por las Entidades locales de forma supletoria cuando no exista regulación expresa de esta materia en la normativa estatal o autonómica sobre régimen local.

El Decreto 18/2006, de 24 de enero, Reglamento de Bienes de las Entidades locales de Andalucía (art. 11) señala que la mutación demanial objetiva se produce automáticamente por el cambio de destino público del bien, en los siguientes supuestos: a) Alteración del uso o servicio público al que estuviere destinado para cambiarlo a otro del mismo carácter. b) Concurrencia de afectaciones que fueren compatibles.

La mutación subjetiva se produce por el cambio de la Administración Pública titular del bien, sin modificar el destino público. Deberá formalizarse mediante convenio administrativo entre las Administraciones intervinientes e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

En los supuestos previstos en los apartados anteriores, no se requerirá la observancia del procedimiento establecido para la alteración jurídica expresa de los bienes.

Como se puede observar la normativa Andaluza al regular la mutación demanial lo hace, a mi entender, con desatino. La Ley sólo contempla la mutación objetiva, es decir, la que se lleva a cabo dentro de la misma Entidad local (de servicio local a servicio local). Así se deriva del art. 7 cuando prevé los siguientes supuestos: a) Alteración del uso o servicio al que estuviera destinado el bien; b) concurrencia de afectaciones que fueren compatibles. En cambio el reglamento introduce la mutación subjetiva (entre Administraciones). Hace referencia a la mutación objetiva en los términos que indica la Ley, y añade la mutación subjetiva que se produce, como dice el art. 11 del Reglamento, por el cambio de la Administración Pública titular del bien, sin modificar su destino público.

La Ley, en el art. 7, exige para la mutación demanial un procedimiento que deberá determinarse reglamentariamente. Sin embargo el Reglamento, art. 11, determina que en el caso de la mutación objetiva se produce automáticamente, y en cuanto a la subjetiva que se formalizará mediante convenio administrativo. Y en relación a ambos tipos de mutación se señala que no se requerirá la observancia del procedimiento establecido para la alteración jurídica previsto en el mismo Reglamento en su art. 9.1.

Se evidencia con cierta claridad la discrepancia entre la Ley y el Reglamento, fundamentalmente en la exigencia o no de procedimiento para llevar a cabo una mutación demanial. La intención del autor del reglamento es muy clara al insistir en la innecesariedad de un procedimiento que acredite la legalidad, conveniencia o necesidad de llevar a cabo la misma, pues, para que no quede duda alguna, viene a señalar, a mi entender de forma sorprendente, que no se requerirá la observancia del procedimiento establecido para la alteración jurídica, procedimiento éste que la escasa jurisprudencia que ha tratado el tema y la doctrina científica, interpretando la normativa estatal entonces vigente en todo el territorio nacional, que no preveía un procedimiento específico para la mutación demanial, consideraba aplicable el procedimiento previsto para las alteración jurídica de los bienes, como se ha visto anteriormente.

En otro orden de cosas, se ha de indicar que la ley andaluza es respetuosa con la normativa estatal básica y de aplicación plena que prohíbe la enajenación de los bienes de dominio público, no sólo porque se recoge como prerrogativa en dicha ley andaluza, sino, y en lo que ahora interesa, porque al tratar de la mutación demanial exige que se lleve a cabo a través de un procedimiento, cuya finalidad, entre otras, debe ir dirigida a desafectar el bien al destino público local y cederlo a otra Administración, pero ya con el carácter de patrimonial. Sin embargo, el Reglamento al permitir la cesión de un bien de dominio público, aunque sea a otra Administración, está vulnerando el principio de inalienabilidad que protege a este

tipo de bienes, y al mismo tiempo vulnera una norma de rango superior, la propia Ley de Andalucía; y además vulnera el contenido de una norma básica y de aplicación plena estatal.

Pues bien, el párrafo 2 del art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, sanciona con nulidad de pleno derecho las disposiciones generales reglamentarias que se encuentren afectadas por alguna de las siguientes infracciones: Que vulneren la Constitución, leyes o disposiciones de superior rango. En consecuencia será nulo de pleno derecho el Reglamento andaluz sobre bienes de las entidades locales, en la materia a que nos venimos refiriendo, porque se opone a normas de superior jerarquía.

El art. 102 de la citada Ley 30/1992 conforme a la redacción dada por la Ley 4/1999 prevé el procedimiento de revisión de reglamentos o parte de los mismos que adolezcan de nulidad radical. Si bien se contempla la posibilidad de revisar una disposición general, no opera como una acción de nulidad, como la exposición de motivos de esta Ley se encargó de advertir, debiendo entender que el procedimiento se llevará a cabo a voluntad sólo de la Administración, criterio que ha mantenido la sentencia del Tribunal Supremo de 28-11-2001, al decir que queda excluida la legitimación de los particulares para instar la revisión de disposiciones generales tras la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero. Criterio éste que se vuelve a recoger en sentencias del Tribunal Supremo de 16-11-2006 y 22-11-2006, entre otras: “el artículo 102 de la Ley 30/1992, en su redacción anterior a la reforma introducida por Ley 4/1999, no preveía un procedimiento para la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general.

Fue precisamente la Ley 4/1999, de 13 de enero, la que introdujo, en el apartado 2 del artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la revisión de oficio de las disposiciones generales en los supuestos previstos en el artículo 62.2 de la propia Ley, dejando, sin embargo, muy claro el legislador, en la Exposición de Motivos de esta Ley 4/1999, que esa posible revisión de oficio de las disposiciones generales nulas no opera, en ningún caso, como acción de nulidad.

Es decir, si bien, después de la modificación por Ley 4/1999, la Administración pública tiene potestad de tramitar un procedimiento para la revisión de una disposición general nula de pleno derecho, a que se refiere el artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal potestad administrativa no supone conferir a los particulares interesados el ejercicio de una acción de nulidad tendente a obtener dicha declaración de nulidad radical, lo que, además, resulta lógico, dada la posibilidad que éstos tienen de impugnar en sede jurisdiccional una disposición de carácter general al ejercitar una acción frente a un acto de aplicación de la misma, basándose en que aquélla no es conforme a derecho”.

Ahora bien, si se detecta (a instancia de parte) la infracción constitutiva de nulidad radical, la Administración viene obligada a instrumentar el procedimiento que considere adecuado para dejar sin efecto la disposición general en su conjunto o, el precepto o preceptos viciados. A tal conclusión no se opone el hecho que la revisión de oficio de las disposiciones generales sólo pueda ser acordada a instancia de la propia Administración de oficio y no a instancia de parte interesada. Y tal obligación de actuar, conduce a entender que la denuncia de parte interesada no puede ser desatendida con base a que tal revisión sólo se puede acordar de oficio, pues tal denuncia del particular, debe persuadir a la Administración para que acuerde la nulidad de la disposición nula de pleno derecho, pues no es aceptable que en un Estado de Derecho la Administración pueda a su arbitrio decidir si mantiene o no disposiciones que infringen el ordenamiento jurídico, sin que, en contra de lo que dice el Tribunal Supremo, sea una excusa la posibilidad de instar la nulidad en un proceso judicial a través del recurso indirecto, pues tal solución impondría una carga al ciudadano, no siempre necesaria, toda vez que se puede pretender la nulidad de un reglamento sin que exista aún acto de aplicación.

Por último, en relación con esta cuestión, es evidente que el órgano judicial contencioso-administrativo puede dejar sin efecto un reglamento nulo de pleno derecho, ya que es competencia atribuida por la ley procesal administrativa, bien de forma directa, por tener el órgano judicial la competencia para anular el reglamento atendiendo al órgano que lo ha dictado, bien a través de la cuestión de ilegalidad. No me consta que se haya declarado nulo el precepto del Reglamento de Bienes de las Entidades locales por alguna de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

La nulidad de pleno derecho de la que adolece, según mi criterio, el Reglamento de Bienes de las Entidades locales de Andalucía no incide en la institución que regula, y no provoca falta alguna de regulación normativa. Existen dos posibles soluciones ante la falta de regulación por expulsión del precepto referido del reglamento: la primera, común a aquellas Comunidades Autónomas que no tienen una regulación expresa sobre el procedimiento a seguir cuando de mutaciones demaniales se refiera, que sería utilizar el procedimiento de alteración jurídica de los bienes, ya que este procedimiento viene a pretender lo mismo que la mutación demanial. Es decir, acreditar la conveniencia y legalidad de lo que se pretende, tanto en su vertiente formal como material. Despojar de la demanialidad y atribuir nueva demanialidad de una manera motivada en ambas operaciones.

La segunda solución sería considerar que al no existir un procedimiento formalizado, se puede y debe utilizar el procedimiento regulado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, haciendo uso de aquellas fases que sean aplicables a este tipo de procedimientos.

Se viene denominando procedimientos formalizados aquellos que tienen una regulación específica procedimental, que debe respetar la Administración. Suelen ser procedimientos que por la materia que tratan se ha visto la necesidad o conveniencia

de esta particular regulación: procedimientos sancionadores, tributarios, de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, etc., y procedimientos para aprobar disposiciones de carácter general, por ejemplo. Son tantos estos procedimientos que realizar una referencia de todos ellos sería muy dificultoso. Cuando no está previsto legalmente un procedimiento específico –denominados procedimientos no formalizados–, la Administración podrá realizar sus funciones en la forma que estime adecuada. Para ello deberá echar mano del procedimiento general previsto en la Ley 30/1992, que es en definitiva un conjunto de herramientas útiles para producir el acto administrativo. Pero incluso cuando se trata de procedimiento formalizados estos no difieren en lo esencial del previsto en dicha Ley de Procedimiento Administrativo, ya que no suelen disponer en ningún caso de un procedimiento peculiar, sino que se prevé alguna que otra particularidad, siendo aplicable el procedimiento general regulado en dicha Ley. De esta forma la Entidad local, ante ausencia de procedimiento específico, puede instrumentar la mutación demanial a través de las fases contempladas en los arts. 68 y ss. de la Ley 30/1992, sin necesidad de llevar a cabo todas y cada una de las allí previstas, sólo las que atendiendo a las características del procedimiento sean necesarias: informes y audiencia, fundamentalmente.

Para concluir, considero que lo que en ningún caso sería posible, a mi entender, es que la mutación demanial se produzca sin un mínimo cauce procedimental para acreditar la conveniencia, oportunidad y legalidad de dicha mutación, como parece desprenderse de la normativa andaluza sobre régimen local, que evidentemente es inaplicable al contradecir el Reglamento no sólo la normativa básica dictada por el Estado, sino la propia Ley Andaluza, que exige un procedimiento para acordar la mutación demanial, razón por la cual las mutaciones que se pretendan llevar a cabo pueden instrumentarse a través del procedimiento de alteración jurídica prevista en la misma normativa andaluza, o bien, a través de un procedimiento específico utilizando los trámites previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, siempre que con dicho procedimiento se consiga lo mismo, es decir, dejar constancia de la legalidad, conveniencia u oportunidad de la mutación demanial, y si es a otra Administración Pública desproveer previamente al bien de su demanialidad.

V.- BIBLIOGRAFIA:

- BALLESTEROS MOFFA, L.A. "Protección y defensa del patrimonio: obligación administrativa, cooperación y límites a la disponibilidad", ob col. Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, 2004.
- BARCELONA LLOP, J.R. La utilización del dominio público por la Administración: las reservas demaniales. 1996.
- CHACÓN ORTEGA, L. Bienes, Derechos y Acciones de las Entidades Locales, 1990.
- COBO OLVERA, T. Régimen Jurídico de los Bienes de las Entidades locales, 2006
- PARADA VÁZQUEZ, J.R. Derecho Administrativo (Bienes Públicos y Urbanismo), 1988.
- SALA ARQUER, J.M. La desafectación de los bienes de dominio público, 1980.