

## Informe Jurídico: Cesión uso privativo

### ANTECEDENTES

**Primero.-** La Alcaldesa del Ayuntamiento de XXX solicita mediante escrito de YYY que se informe sobre la siguiente cuestión:

Expediente de cesión de uso privativo del Campo de Golf a favor del Club de Golf de XXX.

**Segundo.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento del Servicio de Asistencia a Municipios, junto con dicha solicitud se remiten por el Ayuntamiento los siguientes documentos:

- Solicitud del Club de Golf.
- Informe del Secretario-Interventor
- Acuerdos municipales de fechas YYY.

Sobre los referidos antecedentes han de considerarse los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** El presente informe se emite en virtud de lo previsto en el Reglamento de Asistencia Jurídica, Económica y Técnica de los municipios de la provincia de Zamora, publicado en el BOP de Zamora nº 41 de 5 de abril de 2004, que regula el funcionamiento del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Zamora, estableciendo los requisitos y procedimiento para dicha asistencia, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

Se han cumplido los requisitos y procedimiento establecidos en dicho Reglamento; en concreto, la petición de informe está suscrita por el Presidente de la entidad local y dirigida al presidente de la Corporación Provincial (art. 13.1).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 del citado Reglamento, el informe emitido no será vinculante para la entidad local solicitante.

**Segundo.-** En el expediente que se somete a informe, consta informe del secretario y acuerdo del pleno de 19 de junio, en los que se dice que el bien objeto de cesión tiene naturaleza comunal, y que desde los años sesenta ha ido perdiendo el uso comunal. En este sentido hemos de señalar que se reconoce a las Entidades Locales, en los art. 8 y 100 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL), y el 78 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) la posibilidad de desafectar del carácter comunal, los bienes que tengan esa calificación jurídica, siempre y cuando por su naturaleza o por otras causa no hayan sido objeto de disfrute de esta índole durante mas de diez años, aunque en alguno de ellos se haya producido acto aislado de aprovechamiento y siguiendo el procedimiento reglado de desafectación establecido en dichos artículos.

Sin embargo en el bien comunal del Ayuntamiento XXX objeto de este informe, se han construido diversas instalaciones deportivas: campo de futbol y cancha de baloncesto desde hace más de veinte años, pista deportiva hace más de diez años y en 2008 el campo de golf, de lo que podemos extraer una primera conclusión, la finca comunal ha sido objeto de aprovechamiento deportivo y/o recreativo de forma ininterrumpida desde hace más de veinte años, sin que podamos precisar si este uso ha sido en toda su superficie, dado que dicho dato no se recoge en el expediente. Pero este uso ininterrumpido nos lleva a considerar la posibilidad de desafectación automática prevista en el art.8.4,a) del RBEL, en apoyo de esta tesis de desafectación automática de comunales citamos:

*El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 19 Mar. 2007, rec. 359/2000, Con carácter doctrinal ha de tenerse en cuenta que la propiedad comunal, como bienes de dominio público de las entidades locales, está dotada de caracteres muy específicos, teniendo un origen consuetudinario, y en la misma los titulares de los aprovechamientos son los vecinos, y ello siempre en atención al propio carácter del bien que permita tal uso como comunal, con los especiales caracteres de tal aprovechamiento, que ha de dar primacía a la costumbre o tradición local. En atención a tales premisas establecidas, la alteración jurídica de los bienes no es una suerte de potestad discrecional de la corporación, pues aunque existan factores de oportunidad en los cambios de calificación, que han de ser objeto de ponderación en dicha alteración, no por ello puede prescindirse de que la calificación jurídica efectuada ha de permitir el destino que es propio y específico conforme a su naturaleza jurídica.*

*La naturaleza y destino del bien se convierte, así, en el factor determinante de los cambios de calificación jurídica a efectuar. De esta forma es el destino del bien, su afectación a un concreto uso, la auténtica causa que permite la alteración del destino*

*En este sentido ya la STSJ de Navarra de 26-2-2004 estableció que no cabe considerar que la alteración jurídica sea una suerte de potestad discrecional, pues se insiste que aunque*

*haya aspectos de oportunidad a valorar, la causa de la afectación, es un elemento reglado que siempre ha de estar presente,.....*

*Es necesario, por tanto, para cambiar la naturaleza jurídica de un bien de comunal a patrimonial, tramitar un expediente de desafectación con las solemnidades previstas en el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 mayo 1955 , en el que se acredite su oportunidad y legalidad. Como excepción ha de precisarse que en los supuestos de expropiación forzosa de bienes comunales no es necesario un expediente de desafectación de tales bienes, porque la desafectación está implícita en la expropiación y en la consiguiente afección de los bienes a la utilidad pública que la originó, así el apartado 3 del mencionado artículo 8 exceptúa del expediente de desafectación los casos en que la alteración derivare expresa "implícitamente" de actos administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades que las señaladas para el procedimiento de desafectación, como ocurre con el desenvolvimiento de la expropiación forzosa, en que la declaración de utilidad pública y necesidad de la ocupación de los bienes demuestra la procedencia del cambio de afectación, existiendo asimismo trámite de información pública. Equivalente excepción al expediente de desafectación se contiene en el artículo 81.2 apartado a) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 abril 1985 , cuando establece que la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades Locales se produce automáticamente por la aprobación definitiva de los proyectos de obras y servicios. En iguales términos se pronuncia la Jurisprudencia en sentencia de 3-10-1994 del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, rec. 2852/1992*

*CUARTO.- El problema central del litigio consiste, pues, en determinar si la expropiación de 839'1 hectáreas de terrenos que constituían bienes comunales del Ayuntamiento de Barbate, gestionados por la denominada "Junta de Hazas", iniciada por acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1.981, es o no nula de pleno derecho, según el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958 y concordantes, por no haberse tramitado y resuelto expediente de desafectación de los bienes comunales expropiados, como exigía el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1.955 (texto vigente por razón de la fecha de los hechos cuestionados), y reitera el artículo 81.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1.985, añadiendo que, equiparando el artículo 132.1 de la Constitución el régimen jurídico de los bienes comunales al de los de dominio público, y siendo desde luego inalienables sin previo expediente de desafectación, la expropiación llevada a cabo vulneró el citado artículo 132.1, dando lugar a su nulidad radical. Entendemos que no procede aceptar dichos razonamientos, ya que, en primer lugar, la utilidad pública que constituye el fin y fundamento de la expropiación forzosa se sobrepone a la utilidad o interés público que para el Ayuntamiento de ..... y el Común de sus Vecinos tienen los bienes comunales expropiados que formaban parte de las denominadas "Hazas de Suerte". En los supuestos de expropiación forzosa de bienes comunales no es necesario un expediente de desafectación de tales bienes, porque la desafectación está implícita en la expropiación y en la consiguiente afección de los bienes a la utilidad pública que la originó.....Equivalente excepción al expediente de desafectación se contiene en el artículo 81.2 apartado a) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 abril 1985 , cuando establece que la alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades Locales se produce automáticamente por la aprobación definitiva de los proyectos de obras y servicios*

Este criterio ha sido recogido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 6 Feb. 2009, rec. 97/2008.

Por ello si el Ayuntamiento de XXX ejecuto las obras descritas mediante la aprobación previa y definitiva de los correspondientes proyectos de obras se produjo una desafectación automática del bien comunal. En cualquier caso, la incorporación al patrimonio de la Entidad de los bienes desafectados, no se entenderá efectuada hasta la recepción formal por el Pleno de la Corporación del bien de que se trate, y en tanto la misma no tenga lugar seguirá teniendo el carácter de comunal.

**Tercero.-** Una vez desafectado el bien, e incorporado al patrimonio de la Entidad Local, procedemos a analizar la posibilidad de la cesión al Club de Golf, y ello teniendo en cuenta que una vez desafectado el bien, su calificación jurídica es de bien patrimonial, y los contratos para la explotación de bienes patrimoniales podrán efectuarse a través de cualquier negocio jurídico típico o atípico, y se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente en aplicación de los arts. 106.1 y 107.1 de la ley 33/2003 de patrimonio de las administraciones públicas, párrafos de carácter básico según a DA 2ª de la LPAP.

Justificación que resulta necesaria, ya que implica una quiebra de los principios de publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad, esto es, de igualdad de condiciones y oportunidades para todos los licitadores prevista en el también básico artículo 8 de la LPAP.

En cuanto al procedimiento los contratos patrimoniales están excluidos del Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público aprobado por RDL 3/2011, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1, letra p), considerando que la Junta consultiva de contratación administrativa en informe 47/2011, dice que la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas señala que las formas de adjudicación, de singular aplicación, son la subasta, el concurso y la adjudicación directa. Por lo que entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que al estar excluidos del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público los contratos patrimoniales, no pueden aplicarse a los mismos las modalidades que son propias de las normas que regulan tales contratos, como el procedimiento negociado y el contrato menor, pudiendo aplicar en cada caso la subasta, el concurso o la adjudicación directa.

La competencia en función de la duración prevista del contrato corresponde al Pleno de la Corporación, superior a cuatro años, de acuerdo con la DA 2ª apartados 1 y 2 del TRLCSP.

En cualquier caso será requisito previo la delimitación física y jurídica del bien objeto de contrato.

Por todo ello, y en base a la exposición jurídica aquí enumerada, pueden formularse las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**Unica.-** Desafectado el bien, ya se entienda producida ésta de manera automática porque concurren los requisitos del art. 8.4,a) del RBEL y 81.2 Ley 7/85 RBRL, o que deba producirse mediante la tramitación expresa del expediente de alteración de calificación jurídica prevista en el mismo art. 8 del RBEL, e incorporado el bien al patrimonio de la entidad local, su calificación jurídica es de bien patrimonial.

Para la adjudicación de la explotación del campo de golf al Club de Golf XXX, es decir de forma directa, deberá justificarse en el expediente, basándola en las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación.

Zamora a 19 de julio de 2013

EL SERVICIO DE ASISTENCIA A MUNICIPIOS