

## **SAP de Gipuzkoa de 10 de febrero de 2003**

En Donostia-San Sebastián, a diez de febrero de dos mil tres.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta capital, constituida por los Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación el Juicio de Menor Cuantía nº 19/94 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Tolosa; Rº de Apelación nº 2011/98 seguido a instancia de Marina y otros, representados por la Procuradora Inmaculada Bengoechea y defendidos por el Letrado Ignacio Larrañaga, contra el AYUNTAMIENTO DE LIZARZA, representado por la Procuradora Dña. Begoña Alvarez y defendido por el Letrado Sr. Bueno; todo ello en virtud del recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada el 10 de Septiembre de 1997 por el mencionado Juzgado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El 10 de Septiembre de 1997 el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Tolosa dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo: " Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Chimeno Rodriguez en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Lizartza, contra Dª Marina. D. Carlos José y Dª Rebeca, debo declarar y declaro la nulidad absoluta o de pleno derecho del contrato de compraventa elevado a escritura pública ante el Notario de Tolosa, D. Alfonso Rentería Aroce, en fecha 15 de Septiembre de 1.987, en relación de los bienes comunales denominados "ondacilleguis" que se recogen dentro de los pertenecidos del Caserío DIRECCION000, concretamente: DIRECCION001 (2.221 metros cuadrados), DIRECCION002 (28.552 metros cuadrados), DIRECCION000 ( 6.552 metros cuadrados) DIRECCION001 (6.569 metros cuadrados), DIRECCION002 (4.300 metros cuadrados) y DIRECCION000 (2.117 metros cuadrados). " Decretándose asimismo la cancelación de la inscripción NUM000 de la mencionada finca nº NUM001, al folio NUM002, Tomo NUM003 del Archivo, Libro NUM004 de Lizartza del Registro de la Propiedad de Tolosa, practicada en razón a aquel título de compraventa, respecto a los bienes comunales "ondacilleguis" antes mencionados. Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Chimeno Rodriguez en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de de Lizartza

contra D. Carlos José, Dª Rebeca, Dn. Cosme y Dª Antonieta, debo declarar y declaro la nulidad absoluta o de pleno derecho del contrato de permuta concertado por los demandados y elevado a escritura pública en fecha 21 de Noviembre de 1988 ante el Notario D. Felipe Pou Ampuero, en lo que respecta al Terreno Comunal "ondacillegui" denominado Azcondegueta (1117 metros cuadrados), segregado de la finca DIRECCION000. Asimismo, se decreta la cancelación de la inscripción registral relativa a dicha finca nº NUM005, al folio NUM006 del Tomo NUM007 del Archivo, Libro NUM006 de Lizartza en el Registro de la Propiedad de Tolosa, en relación al Terreno "ondacillegui" identificado, y practicada en razón a la permuta señalada. Todo ello sin expresa imposición de costas." SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las

partes, la representación procesal de Marina y otros, formuló recurso de apelación contra ella en el que interesaba su revocación. El 7 de Enero de 1998 el Juzgado dictó providencia mediante la que admitía a trámite el recurso de apelación. Una vez emplazadas las partes, y habiendo tenido entrada en la Oficina de Registro y Reparto de la Audiencia Provincial el Juicio de Menor Cuantía 19/94 fue turnado a esta Sección, en la que se incoó Rollo de Apelación y, se señaló para Votación y Fallo la audiencia del día 24 de Octubre a las 9,15 horas.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las formalidades prescritas por la ley, con excepción del plazo para dictar sentencia, debido al volumen de trabajo que pesa sobre la Sala y a la complejidad del objeto litigioso.

CUARTO.- Ha sido Ponente el Magistrado Don AUGUSTO MAESO VENTUREIRA, quien expresa el parecer de la Sala.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada y PRIMERO.- El presente recurso de apelación se interpuso por la representación procesal de Marina y otros contra la sentencia de instancia que estimó las demandas acumuladas formuladas en su contra por el Ayuntamiento de Lizartza, mediante las que solicitaba que se declarara la nulidad de las escrituras públicas que refería, por transmitirse en las mismas bienes comunales cuya propiedad sostenía que le pertenecía.

Mediante dicho recurso pretenden la revocación de la referida sentencia y el dictado de otra que desestime las demandas formuladas, con condena en costas al actor, peticiones que basó en sus alegaciones efectuadas en la primera instancia del pleito y en las siguientes efectuadas en la vista del recurso de apelación: - la ley foral de Gipuzkoa, que recoge la costumbre en transmisión de caseríos, menciona los "ondacilleguis", como dependencias de los caseríos, independientemente de que anteriormente fueran bienes comunales, - en la zona de Gipuzkoa lindante con Navarra se han transmitido e hipotecado los "ondacilleguis" como pertenecidos de los caseríos, - tales terrenos en su día fueron comunales, pero se enajenaron al amparo de las leyes de desamortización, en 1867, en pública subasta, tras lo cual entraron en el comercio, sin recibir en la práctica diferente valoración económica que el resto de bienes de particulares, que los aprovechan plenamente, - los adquirentes lo fueron de buena fe y son titulares registrales, por lo que se produjo su usucapión secundum tabulas, produciéndose la expulsión registral por caducidad de los "ondacilleguis", como informa el Registrador de la Propiedad de Tolosa, - es cierto que las fincas litigiosas se encuentran incluidas en el Catálogo de Montes, pero no se ha tramitado ningún expediente de deslinde, en el que pudieran defenderse los aquí recurrentes y haber acreditado su posesión ininterrumpida El Ayuntamiento actor-apelado se opuso al recurso formulado y solicitó la confirmación de la sentencia de instancia, con imposición de las costas a la parte recurrente.

SEGUNDO.- Delimitado de tal modo el debate procesal en esta alzada, se cuenta para la resolución del recurso con el material probatorio resultante de la reconstrucción de autos que se practicó. El examen del recurso debe comenzar por la alegada excepción de falta

de legitimación activa del Ayuntamiento de Lizartza. La parte apelante la basa, al igual que en la primera instancia, en su afirmación de que el Ayuntamiento no es, ni ha sido propietario de las fincas litigiosas, ya que su propiedad correspondió al común de los vecinos de la localidad, por tratarse de un monte vecinal en mano común, regulado por la Ley de 1980, siendo el órgano gestor la Junta Vecinal y no el Ayuntamiento actor. Continúa que en la primera inscripción en el Registro de la Propiedad del caserío DIRECCION000 se hace constar en referencia a las fincas litigiosas que la propiedad pertenece a la villa, no al Ayuntamiento actor, y que en el documento nº. 4 de la demanda, en la inscripción de excepción de excepción de desamortización se reconoce que la posesión corresponde al vecindario, sin mencionarse tampoco al Ayuntamiento. Añade que la legislación vigente de régimen local no establece que los bienes comunales sean propiedad del Ayuntamiento.

Comenzando por el análisis de la afirmación de que las fincas litigiosas se hallan en un monte vecinal en mano común, regulado por la Ley de 1980, debe recordarse que la regulación legal de tales montes se encuentra en la actualidad en la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común, que sustituye a la 52/1968, de 27 de julio, de igual nombre. La primera regulación específica de tales montes se efectuó por la Compilación de Derecho Civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963 y en el derecho común por la referida ley de 1957 y su reglamento de 26 de febrero de 1970.

La jurisprudencia recaída sobre tales montes declara su existencia principalmente en Galicia, como indica el Ayuntamiento recurrido, llegando a afirmar la misma que en Galicia los montes son algo que se siente como inherente a la galleguidad y que obliga a su defensa y conservación, que una tradicional reivindicación gallega ha sido el reconocimiento de los montes vecinales en mano común como pertenecientes a los vecinos de la parroquia, como algo distinto a los Ayuntamientos, o que existe una especial ligazón histórica de los montes vecinales en mano común con Galicia, que se ha traducido en la asunción de la competencia exclusiva sobre los mismos por la Comunidad Autónoma, plasmada en el artículo 27.11 de su Estatuto de Autonomía. La actual Ley del Parlamento de Galicia 13/1989, de 10 de octubre, de montes vecinales en Mano común califica en su Preámbulo a esta institución como propiedad peculiar y bien característica de Galicia. No obstante, más esporádicamente se ha declarado judicialmente también su existencia en otras Comunidades como Cantabria, Asturias, Castilla-León (provincias de Zamora, Segovia y Burgos) o Aragón (provincia de Huesca). Dicha jurisprudencia fue estructurando en un primer momento las características -como la de que se trata de una comunidad germánica o en mano común- de esta peculiar institución jurídica, que se había desenvuelto en el exclusivo campo del derecho consuetudinario y fue recogida en parte en la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y por las posteriores leyes específicas que regularon la materia ya referidas (Ss de la Sala Primera TS de 15-1-2001, 14-5-1998, 18-11-1996, 22-2-1996, 9-2-1996, 10-2-1993, 12-2-1992, 17-2-1971, 17-1-1967, etc., de la Sala Tercera, de 29-2-1996, etc., Ss. del Tribunal Superior de Galicia de 20-3-2000, 8-2-2000, 29-4-1999, 17-2-1999, 8-4-1998, 19-6-1997 y doctrina del Tribunal Constitucional plasmada en sentencia 127/1999, de 1-7-1999).

Tales montes son legalmente considerados en la actualidad como de naturaleza especial, pertenecientes a agrupaciones vecinales, en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas y vienen aprovechándose consuetudinariamente en mano común por los miembros de aquéllas en su condición de vecinos. Son montes

indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables y su titularidad dominical, privada, corresponde, sin asignación de cuotas, a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate. Su administración, disfrute y disposición corresponde exclusivamente a la respectiva comunidad propietaria, que tendrá plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines y cuyos Estatutos establecerán los órganos a quienes corresponda la gestión administrativa del monte, la ejecución de los acuerdos de la comunidad y la representación de la misma en sus relaciones con terceros. En tanto no surtan efecto dichos Estatutos, ejercerá tales facultades una Junta Provisional elegida de entre los partícipes que deberá, en especial, impulsar la redacción y aprobación de los Estatutos. La competencia administrativa para conocer de las cuestiones que se promuevan sobre clasificación de los montes vecinales en mano común corresponde a los Jurados provinciales de Montes vecinales en Mano Común que se crearán en las provincias donde haya montes de tales características. La clasificación que el Jurado Provincial realice de un monte como vecinal en mano común, una vez firme, produce la presunción iuris tantum de que el mismo pertenece en propiedad a la comunidad vecinal correspondiente, en tanto no exista sentencia firme en contra pronunciada por la Jurisdicción civil.

TERCERO.- El análisis de lo actuado en el pleito muestra que no se ha practicado en el mismo ni una sola prueba que avale la afirmación que se efectúa por la recurrente de que el monte donde se ubican las fincas litigiosas se trate de un monte vecinal en mano común. Pero no sólo eso, sino que ni siquiera la recurrente ha manifestado quiénes formarían la agrupación vecinal propietaria del monte Lizartzakomendia, en que se encuentran -según convienen ambas partes- ni cuál sería su régimen de funcionamiento, ni si existen estatutos que regularían dicha presunta comunidad, ni si se han registrado los mismos, ni cuáles serían los órganos de administración o gestión de la comunidad, ni si los partícipes han elegido siquiera una Junta Provisional para dicha gestión, ni que en esta provincia se hubiera creado el Jurado de Montes Vecinales en Mano Común. Por tanto, no concurriendo ninguno de los elementos que podrían caracterizar al monte Lizartzakomendia como vecinal en mano común, en cuyo caso la propiedad no correspondería al Ayuntamiento, sino a los particulares que compusieran la agrupación vecinal titular, no cabe sino desestimar la referida alegación de la recurrente. Además, la misma es contradictoria tanto con otras alegaciones que efectúa la parte recurrente, como con actos propios realizados por la misma o por sus causahabientes. Por un lado, afirma que las fincas litigiosas fueron en su día comunales, pero que dejaron de serlo al amparo tras las Leyes de Desamortización, en aplicación de las cuales fueron vendidas en subasta por el Ayuntamiento de Lizartza, no por ninguna comunidad vecinal que sería quien debería haberlo efectuado, de ser cierta la calificación de montes vecinales que efectúa la recurrente. Por otro lado, en la segunda de las demandas acumuladas se acompaña (folios 348 y ss.) solicitud de Carlos Daniel, causahabiente de los demandados recurrentes, que, en relación a un terreno helechal, afirma que el mismo es comunal, aunque su producto le pertenece por adjudicación inmemorial, solicitando al Ayuntamiento -no a ninguna Junta Vecinal- que prohíba el tránsito de carretas por el mismo.

CUARTO.- Ambas partes convienen en que las fincas litigiosas eran bienes comunales con anterioridad a las Leyes de Desamortización. El Ayuntamiento actor sostiene que lo siguen siendo, mientras que la demandada recurrente afirma que dejaron de serlo al amparo de dichas leyes. Los bienes comunales son bienes que presentan una naturaleza jurídica peculiar y pertenecientes a las entidades locales, como el Ayuntamiento actor

en el presente pleito, pero cuyo aprovechamiento y disfrute corresponde al común de los vecinos. Tales bienes complementan la categoría de bienes de dominio público, que, junto a la de bienes patrimoniales integran el patrimonio de las entidades locales y sólo pueden pertenecer a los Municipios y Entidades locales menores, tal como se establece en los artículos 79 y 80 de la Ley 7/1985, de 2-4, reguladora de las Bases del Régimen Local y artículo 2, apartados 3 y 4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio (SsTC 228/1998, de 1-12 y 4/1991, de 2-2). Su inclusión dentro de los bienes de dominio público se establece también en el artículo 7 de la Norma Foral 6/1994, de 8 de julio, de Montes de Gipuzkoa. Gozan de las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que les atribuye el artículo 132.1 de la Constitución, que asimismo establece el régimen de reserva de ley para regularlos, al igual que para los bienes de dominio público. Doctrinalmente se considera que constituyen una especie de tertium genus, dentro de los bienes de las entidades locales, muy próximo a los bienes de dominio público y que su titularidad se derivó a los Ayuntamientos, como representante de la totalidad del pueblo o de un grupo vecinal dentro de él a medida que se consolidó la organización municipal tras una inicial consideración como res communis omnium. Y sus características de inalienables e imprescriptibles y excluidos del comercio de los hombres, de imposible adquisición por los particulares se consideran características inherentes a la propia naturaleza de los bienes comunales, siendo recogidas desde la Ley de Partidas, Ley Municipal de 1935, Ley de Bases de Régimen Local de 1945, Ley de Régimen Local de 1955 y Reglamento de Bienes del mismo año, así como en las vigentes Ley de Régimen Local y Reglamento de Bienes.

QUINTO.- Alegó la parte recurrente en el acto de la vista del recurso de apelación que las fincas litigiosas fueron vendidas en 1867 en subasta pública a Enrique, propietario del caserío DIRECCION000, dejando así de ser bienes comunales y quedando la denominación de "ondacillegui", como mero recuerdo de su origen. Dicha alegación no se formuló en primera instancia y tampoco se compadece con lo acreditado en el pleito. En el mismo consta acreditado, tal como se indica en la primera demanda de las acumuladas y en el documento nº. 6 que se acompaña a la misma, que el referido Enrique adquirió en 1871 mediante subasta pública un lote de terrenos del ayuntamiento de Lizartza, procedente de sus propios, pero en dicho lote no se encuentran las fincas sobre las que versa el presente pleito. La alegación que la parte recurrente efectuó al respecto en la primera instancia del pleito fue la de que se transmitió la plena propiedad de las fincas litigiosas a los causabientes de los demandados, ahora apelantes. Alegaba también que el referido documento nº. 6 de la demanda avala la tesis de que algunos terrenos comunales fueron transmitidos a particulares, incluso pertenecidos del caserío DIRECCION000, como también lo son las fincas litigiosas, y que si no consta el soporte documental que explique la fecha en que éstas fueron transmitidas lo es como consecuencia de las guerras civiles padecidas, en las que desaparecieron cantidad de documentos. Afirma que es prácticamente imposible que puedan conocer en qué fecha concreta alguno de sus antecesores adquirió la plena propiedad de todos los terrenos pertenecidos del caserío DIRECCION000 que en su día habían sido ondacilleguis y que, al menos, el anterior titular, el finado Carlos Daniel, ya la había adquirido, por lo que las posteriores transmisiones no adolecen de vicio alguno.

Sostiene también que el pleno dominio fue adquirido por los causahabientes de los recurrentes mucho antes de que se estableciere la inalienabilidad de los bienes comunales, habiendo llegado a sus manos tras sucesivas transmisiones, de buena fe.

Debe convenirse con la parte recurrente en que al amparo de las leyes desamortizadoras, los Ayuntamientos vendieron bienes de propios y, como dicha parte indica, algunas de dichas ventas se realizaron en esta provincia incluso con anterioridad, a comienzos del siglo XIX, en base a diversas autorizaciones previas de venta de los bienes de propios; es decir, de aquellos que producían renta con la que atender a los presupuestos o gastos del Concejo. Como luego mencionaremos, la Ley de Desamortización General de 1 de mayo de 1855, que pone en venta los patrimonios de las corporaciones civiles, especialmente de los municipios y Diputaciones (Ley Madoz) excepción de la venta a los bienes comunales y, como hemos dicho, las autorizaciones previas se referían solamente a bienes de propios, aunque se acepta en la doctrina que las ventas de bienes de propios arrastraron consigo muchos bienes comunales, legalmente exceptuados, pero calificados de propios porque los vecinos que los disfrutaban satisfacían un pequeño canon. En el pleito que nos ocupa, la parte recurrente no indica que pagara cantidad alguna por el disfrute de las fincas litigiosas, lo que podrían haber facilitado su calificación como bienes de propios y su transmisión a sus causahabientes. Tampoco indica la fecha en que se pudo producir la transmisión de la propiedad de tales fincas, que dice se efectuó, aunque dicha falta podría ser entendible por haberse producido en tiempo inmemorial.

SEXTO.- Pero hay otros factores que harán que no se acoja la referida tesis de la parte recurrente.

Por un lado, que el monte Lizartzakomendia figura en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de Gipuzkoa, lo que se acredita por la certificación de la Diputación Foral que se acompaña a la primera de las demandas como documento nº. 5, como perteneciente a la Villa de Lizartza. Dicho catálogo, tal como se establece en el artículo 4 de la Ley de Montes, de 8 de junio de 1957, es un registro público de carácter administrativo que incluye todos los montes que hubieren sido declarados de utilidad pública pertenecientes al Estado, a las Entidades públicas territoriales y a los Establecimientos públicos de Beneficencia o Enseñanza. Y el artículo 10 de dicha ley prevé que la inclusión de un monte en el Catálogo otorga la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado, o por la Entidad pública a cuyo nombre figure; en este caso la Villa de Lizartza. Como indica la STS de 10-2-1993, desde el RD 22 enero 1862 es indispensable para la inscripción de la titularidad en el Catálogo de montes el carácter de entidad pública territorial, por lo que "cuando el monte litigioso se consigna como de titularidad de los pueblos ha de entenderse que se refiere a la entidad local correspondiente, en modo alguno a los vecinos como tales". En el caso que nos ocupa, debe entenderse que la inscripción en el Catálogo está realizada a nombre del actor en este pleito, el Ayuntamiento de Lizartza, en favor del cual se presume la posesión iuris tantum del monte referido. Como afirmó la parte recurrente, no consta que se haya practicado el deslinde del monte, pero ni el deslinde es imprescindible para que actúe la referida presunción, ni la cuestión aquí litigiosa se refiere a linderos.

SEPTIMO.- Por otro lado, la primera inscripción en el Registro de la Propiedad de Tolosa de la casería DIRECCION000, que nos ocupa, se efectuó en la escritura pública de venta otorgada el día 27 de abril de 1867, en favor de Enrique. Consta allí la descripción de la casería, tras lo que se expresa que "Forman parte de esta finca" y tras ello se describen varias heredades o terrenos. A partir del tercero de éstos se describen terrenos bien helechales, bien helechales y argomales, bien castañales, o bien castañales y helechales. Dicho tercer terreno es "Otro terreno helechal ondacillegui que la

propiedad pertenece a la villa y el usufructo al propietario, sito en...". En los siguientes terrenos se incluye solamente la expresión "ondacillegui", sin indicar ya que la propiedad perteneciera a la villa y el usufructo al propietario.

La sexta de las inscripciones registrales referentes a la casería DIRECCION000 reza: "...Casería llamada DIRECCION000 con sus pertenecidos, entre los cuales se hallan algunos terrenos llamados Ondacilleguis cuyo suelo pertenece al Ayuntamiento de Lizarza y el arbolado y usufructo a los propietarios de esta finca, cuyas circunstancias constan en la inscripción primera de éste número...a la que me refiero por ser conformes con las que se expresan en el documento ahora presentado, por el cual se agregan como nuevos pertenecidos de esta finca que forman parte de su arrendamiento los terrenos y Ondacilleguis siguientes: que se hallan inscriptos". A continuación se mencionan algunos terrenos y tras ello se expresa "Terrenos Ondacilleguis....." y se describen varios. Consta también que "...y respecto a los terrenos ondacilleguis que aparecen inscriptos, no se suspende su inscripción por no considerarse el que suscribe con facultades para privar a la interesada del derecho que pueda darla dicha inscripción pero no son susceptibles de ella con arreglo a la Ley, mientras no se inscriba el suelo previamente en favor del Ayuntamiento de Lizarza" Por fin, en la décima inscripción registral de la finca se comienza describiendo el caserío denominado DIRECCION000 y se indica cuáles son sus pertenecidos. Se expresa también "2.--

Pertenecen también a dicha casa, tierras de la casa de ondacilleguis cuyo arbolado y usufructo total le corresponden, pero el suelo es del Ayuntamiento. 3.- Un trozo de helechal....." y sigue una relación de terrenos. Se recoge también que Marina adquirió esta finca por herencia según la inscripción anterior y vende la totalidad y pleno dominio de la misma en unión de otras tres fincas más a Don Carlos José, casado con Rebeca en escritura otorgada el día 15-9-1987.

OCTAVO.- Tales inscripciones registrales obligan a efectuar diversas consideraciones sobre las mismas. En primer lugar, que tanto la sexta como la décima se refieren expresamente al Ayuntamiento de Lizarza, lo cual es coherente con las afirmaciones que se han realizado anteriormente en esta sentencia, en relación a la legitimación de dicho Ayuntamiento en el presente pleito y con la legalidad vigente también expresada, en materia de bienes comunales. En segundo lugar, en relación a la décima inscripción registral, que debe desestimarse la alegación que efectúa la parte demandada recurrente de que en la misma, y en la escritura pública de compraventa de 15-9-1987, que la ocasionó, no se dice qué bienes en concreto son ondacilleguis, ya que se describen en apartados independientes. Una interpretación lógica y sistemática del contenido de tales documentos conlleva necesariamente a entender que los terrenos que se mencionan tras el apartado 3 son los ondacilleguis a que se ha referido en el apartado 2, que, en caso contrario, carecería de sentido. Esta es también la interpretación que el Registrador de la Propiedad efectúa al respecto en el informe que ha emitido y tales terrenos vienen a coincidir con los que sin duda alguna se definen como ondacilleguis en la inscripción sexta antecedente. En tercer lugar, que en tales inscripciones registrales y en las escrituras públicas que las ocasionaron, se reconoce expresamente, y mediante actos propios en las escrituras, que la propiedad de los ondacilleguis es del Ayuntamiento, no de los particulares y que a éstos corresponde solamente el usufructo (inscripción primera), o el usufructo y el arbolado (inscripciones sexta y décima). No se recoge, por tanto, en dichas inscripciones y documentos que la propiedad del bien sea de los particulares, sino que a los mismos corresponde solamente el usufructo y el arbolado,

usufructo que se trata de un derecho real limitado en cosa ajena. Así lo viene a entender también el entonces Registrador de la Propiedad de Tolosa que incluyó en la sexta inscripción la referencia de que los ondacilleguis no son susceptibles de inscripción -por tratarse precisamente de un derecho real limitado en cosa ajena- al no hallarse dicha cosa ajena previamente inscrita en favor de su titular, el Ayuntamiento de Lizartza. Y, por fin, que se discrepa del informe que el Registrador de la Propiedad de Tolosa ha emitido sobre las fincas litigiosas, obrante en el pleito, no sólo en cuanto a las conclusiones a que llega, de ser de aplicación la Ley de Montes Vecinales en Mano Común, a lo que ya nos hemos referido, sino en cuanto a su afirmación de que deba tenerse a los aquí recurrentes por propietarios, en aplicación de los principios de exactitud e integridad del Registro. Como hemos también indicado, el Registro de la Propiedad no refiere que se transmitiera a los particulares recurrentes, o a sus causahabientes, la propiedad de los ondacilleguis que indica, sino que, por el contrario, sólo indica que se transmiten el usufructo y el arbolado y reconoce que la propiedad es del Ayuntamiento. Se apoya dicho informe en su afirmación de que las referencias a que el suelo es del Ayuntamiento de Lizartza, correspondiendo el arbolado a los propietarios de la finca constituye una mención en sentido registral. Prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia la definición de mención de ROCA SASTRE de que es aquella "indicación hecha en forma simple, pero expresa, en una inscripción o anotación preventiva, de un acto relativo a una finca, acreditativa de la existencia sobre ella de una carga o gravamen real que se halla relacionado, más no constituido, en el título que originó dicha inscripción o anotación". El supuesto es el de una transmisión en la que el transmitente relaciona como carga de la finca transmitida algún derecho o gravamen que él considera que grava la finca, pero sin que esa carga se constituya en la propia escritura de transmisión, que es la que se inscribe. Esa mención producía efectos frente a terceros en la Ley Hipotecaria de 1909, con lo que, por la "puerta falsa", se colaban, sin calificación del título, algunos derechos así mencionados en el Registro. (Así GIMENO GOMEZ-LAFUENTE) Pero no se considera que el mencionado texto suponga una mención, puesto que lo que se transmite en los actos que tienen acceso al Registro no es la propiedad de la finca, ni se dice que está gravada por un derecho real en favor de un tercero, sino que lo que se transmite es precisamente el usufructo y el arbolado, al tiempo que se reconoce que la propiedad corresponde a un tercero, que es muy distinto.

NOVENO.- Cabe discutir sobre la naturaleza jurídica de los bienes ondacilleguis, aunque más con carácter teórico que en cuanto a su relevancia en el presente pleito, dado que, en éste hay que atender en primer lugar a los actos jurídicos efectuados por las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, que ha quedado reflejado que consiste en que la propiedad sea del Ayuntamiento y el usufructo y la propiedad del arbolado, del particular. El usufructo de una finca ajena viene a suponer disfrutar de los frutos del suelo, tal como se prevé en los artículos 473 y 485 del Código Civil. Ello encaja en una concepción no uniformizadora de los bienes comunales, que han presentado y presentan diferentes características, debido a las distintas costumbres que los han venido regulando históricamente en cada lugar. La figura del ondacillegui ha recibido plasmación legal en el artículo 151 de la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, que modifica la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa. Allí, a fin de regular por ley la costumbre más arraigada en el mundo rural guipuzcoano, como es la transmisión familiar del caserío indiviso, se entiende por caserío el conjunto formado por la casa destinada a vivienda y cualesquiera otras



edificaciones, dependencias, terrenos y ondazilegis anejos a aquélla. Dicha plasmación legal no supone apoyo a una u otra de las pretensiones que las partes litigantes sostienen en el pleito, pues resulta compatible con ambas. Las partes del pleito coinciden en que el significado en castellano de la palabra ondacillegui, una vez traducido del original euskera, como suelo comunal. Tal y como se ha expresado, en las escrituras e inscripciones registrales de aplicación al presente pleito se indica que la propiedad de los bienes es del Ayuntamiento, pero los particulares adquieren el derecho al usufructo de los mismos, así como el derecho de propiedad del arbolado que allí planten. Podría discutirse, aunque, como se ha dicho, no resulta determinante para el presente pleito en el que no se discute el derecho de usufructo ni la propiedad del arbolado -el propio Ayuntamiento actor viene a reconocer en su demanda que la condición de ondacillegui otorga al particular que lo utiliza la propiedad del arbolado- si resulta correcto plasmar en tales figuras la verdadera naturaleza jurídica de los ondacilleguis, o si resultaría más exacto entender que la misma conlleva una distinta propiedad del suelo y del vuelo, correspondiendo aquélla al Ayuntamiento y ésta al vecino, como sostiene el profesor KARRERA EGIALDE, en su reciente y documentada publicación La propiedad separada del suelo y del vuelo: los terrenos ondazilegi, o como ya sostuvo SERAPIO MUGICA en 1935, en su artículo "Ondazilegi", en Yakintza, nº. 16, obra citada por la parte demandada, aunque omitiendo en su cita la anterior afirmación del autor. Dicha propiedad separada del suelo y del vuelo se contemplaba ya en el artículo 6 de la Ley de Montes de 24 de mayo de 1863. En la exposición de la tesis que defiende, recoge KARRERA ELIZALDE la existencia de un Reglamento de Montes de 26-9-1738 de las Juntas Generales de Gipuzkoa, que recoge la posibilidad de los pueblos de permitir a sus vecinos la plantación de árboles en tierras concejiles, con la condición de aprovecharse de ellas, siempre que dejen fuera de duda que la propiedad del suelo es del Concejo, y consignen claramente la obligación de restituir al mismo el terreno en cuanto se desembarace de los árboles, así como el riesgo seguidamente advertido de que con la aplicación de dicho sistema resultara muy posible que a largo plazo se olvidase que la propiedad del terreno era del concejo y el plantador la tomase para sí. Pero aun aceptando esta tesis, el particular seguiría careciendo del derecho de propiedad sobre el suelo, que corresponde al Ayuntamiento, con lo que el fundamento de la tesis del actor en el presente pleito sigue plenamente vigente: el particular a quien no corresponde la propiedad sobre dicho suelo, lo vende, tratándose de un bien comunal y, por tanto, fuera del comercio.

DÉCIMO.- Hemos dicho anteriormente que la Ley Madoz de 1855 excepción de la venta a los bienes comunales, "previa declaración de serlo, hecha por el Gobierno, oyendo al Ayuntamiento y Diputación provincial respectivos". La Ley de Montes de 24 de mayo de 1863 aclaró que no modificaba lo anteriormente dispuesto, en cuanto a la excepción de la desamortización de los terrenos y montes de aprovechamiento común y estableció la formación de los catálogos que recojan los montes exceptuados de desamortización.

El Reglamento de Montes aprobado por de 17 de mayo de 1865, por su parte, reputó, a los efectos de la ley anterior, como montes públicos a los del Estado y a los de los pueblos exceptuados de la desamortización y reguló la formación del Catálogo. El Real Decreto de 10 de julio de 1865 del Ministerio de Hacienda reguló el derecho de los Ayuntamientos a reclamar las excepciones acerca de terrenos de aprovechamiento común. Por fin, el Real Decreto de 22 de enero de 1862 publicó el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y en 1897 el Catálogo de la Diputación Foral de Gipuzkoa de

montes de utilidad pública. En aplicación de tales disposiciones, en el año 1888 se inscribió en el Registro de la Propiedad de Tolosa el título de excepción de enajenación de "Lizartzaco- mendia", monte en que se encuentran las fincas litigiosas, según una Real Orden del Ministerio de Fomento de 20 de julio de 1886, dictada a instancia del Ayuntamiento de Lizartza. Se hace constar en dicha inscripción que la misma Villa se halla desde tiempo inmemorial dueña y poseedora del monte, como lo acredita la posesión quieta y pacífica en que desde la más remota antigüedad y sin interrupción alguna se halla la Villa o su vecindario del Monte. Tal inscripción, la falta de acreditación por parte de la recurrente de que hubiera adquirido los bienes litigiosos y el reconocimiento en las sucesivas escrituras de la titularidad del Ayuntamiento conllevan que no se considere acreditado que se hubiera transmitido a los causahabientes de los recurrentes la propiedad de tales bienes.

UNDÉCIMO.- En cuanto a la alegación de la parte recurrente, de que se habría producido la usucapión de los bienes litigiosos, por parte de sus causahabientes, debe recordarse, en primer lugar, que la inclusión de un monte en el Catálogo otorga la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado, o por la Entidad pública a cuyo nombre figure; en este caso la Villa o el Ayuntamiento de Lizartza.

Además, en base a tales títulos, que vienen a permitir la posesión del vuelo, cabría afirmar ésta, pero no la del suelo. Al respecto, la parte recurrente no alega que lo haya poseído para hacer roturaciones, cierres, edificaciones o transformaciones de su suelo o de sus plantaciones. Por otro lado, tampoco cabría considerar que esa posesión se hubiera efectuado de buena fe, pues las escrituras públicas de transmisión y las inscripciones registrales proclaman que es el Ayuntamiento el propietario de los bienes. El artículo 2 de la Ley de Montes públicos de 8 de mayo de 184 establece una presunción iuris et de iure de mala fe respecto del que ocupare montes públicos. Y dicha posesión nunca sería secundum tabulas, puesto que, como hemos visto, las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad reconocen expresamente que la propiedad de los bienes ondacilleguis litigiosos es del Ayuntamiento de Lizartza. Y, por fin, debe desestimarse el motivo del recurso que nos ocupa, esencialmente, como dice la sentencia de instancia, porque la imprescriptibilidad de los bienes comunales, consagrada por la vigente Constitución, ha sido una característica de tales bienes a lo largo de la historia, desde la Ley de Partidas (la Ley 7ª, título XXIX, de la partida tercera, establece que un ejido u otro lugar cualquiera parecido a éste, de uso comunal del pueblo de alguna ciudad o villa no lo puede ganar ningún hombre por tiempo) recogida también por la Novísima Recopilación, junto a su característica de inalienabilidad y de bien fuera del comercio de los hombres, tal como se ha indicado ya en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta resolución. Y tales bienes no son susceptibles de prescripción (artículo 1.936 del Código Civil), ni lo han sido históricamente (SsTS de 27-11-1923, 16-4-1969, 30-11-1989).

DUODÉCIMO.- Con tales premisas, resulta necesaria la consecuencia a que llega la sentencia de instancia de que los contratos de compraventa y permuta impugnados en la demanda son nulos, por falta de objeto lícito. El artículo 1.271 del Código Civil dice que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres y los bienes comunales litigiosos lo están, como se ha expuesto y los artículos 1.300 y 1.261 de dicho Código proclaman la nulidad del contrato que carezca de objeto lícito.

La prohibición legal de enajenar determina así la nulidad radical absoluta de cualquier venta o transmisión, por ilicitud del acto, que no puede quedar convalidado por la inscripción registral subsiguiente, ni por transmisiones posteriores (STS de 11-11-1986, 15-1-2001, TSJ Galicia de 8-4-1998, 29-4-1999, 8-2-2000, TSJ Navarra de 3-11-1992, 22-3-1997, etc.). Por consiguiente, deberá ratificarse el pronunciamiento que en tal sentido efectúa la sentencia impugnada y desestimarse íntegramente el recurso de apelación que nos ocupa.

DECIMOTERCERO.- La complejidad del tema debatido y las consiguientes dudas de hecho y de derecho que suscita conllevarán que, al igual que se efectuó en primera instancia, no se condene a ninguna de las partes al pago de las costas causadas en esta segunda.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y, en nombre de S.M. el Rey

### **FALLAMOS**

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Marina y otros contra la sentencia dictada el día 10-9-1997 por el Juzgado de Primera Instancia nº. 1 de Tolosa en el Juicio de Menor Cuantía nº. 19/94 y confirmamos íntegramente dicha sentencia, sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes personadas.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Magistrados que la dictaron y leída por el Ponente, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario doy fe.