

ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE PRESERVAR EL PATRIMONIO COMUNAL DEL AYUNTAMIENTO DE EJEJA EN UN PROCEDIMIENTO DE TRANSFORMACION DE ZONAS REGABLES

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. CONSULTA.—III. DICTAMEN: A) *Planteamiento general: la acción administrativa sobre las grandes zonas de interés nacional y la naturaleza de las tierras comprendidas.* B) *El principio de conservación y potenciación de los patrimonios públicos. Aplicación a los bienes comunales.* C) *El artículo 87 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales y su aplicación a la transformación de zonas regables:* a) El origen del artículo 87 del Reglamento de Bienes justifica su aplicación a la transformación de zonas regables. b) El carácter reglamentario del artículo 87 del Reglamento de Bienes no implica su derogación tácita por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. c) El artículo 87 del Reglamento de Bienes y el Plan de Transformación aprobado por Decreto de 10 de mayo de 1973. d) El artículo 87 del Reglamento de Bienes no permite considerar como discrecional la respuesta administrativa a la petición municipal. e) El destino comunal de las fincas comprende cualquier forma de aprovechamiento comunal. D) *La aplicación de la solución postulada:* a) La conveniencia de que el Gobierno adopte la decisión de aplicación del artículo 87 del Reglamento de Bienes. b) La aplicación del artículo 87 del Reglamento de Bienes sería facilitada por un convenio Ayuntamiento-IRYDA. c) La ordenación futura del aprovechamiento de los bienes comunales. d) El supuesto del conflicto y las medidas a adoptar por el Ayuntamiento.—IV. CONCLUSIONES.

I. ANTECEDENTES

1. Por un Decreto de 1 de julio de 1971 se declara de alto interés nacional la colonización de la zona regable por la segunda parte del Canal de Bardenas.

2. Mediante un Decreto de 10 de mayo de 1973 se aprueba el Plan de Transformación de la zona regable por la segunda parte del Canal de Bardenas.

3. En ejecución de lo ordenado por el Capítulo V del Plan de Transformación, el 23 de octubre de 1979 se aprueba una nota-anuncio por la que se somete a información pública el Plan coordinado de obras de la zona regable por la segunda parte del Canal de Bardenas.

4. La aplicación de este Plan coordinado de obras afecta en una gran medida al término municipal de Ejeja, en concreto a una gran extensión de terreno que tiene la naturaleza jurídica de bien comunal.

II. CONSULTA

El Ayuntamiento de Ejea, propietario de los bienes comunales afectados, solicita mi opinión acerca de la posibilidad de excluir de la expropiación prevista a sus tierras o, en cualquier caso, el mejor medio de preservar la existencia del patrimonio comunal. En respuesta a la consulta solicitada se emite el presente

III. DICTAMEN

A) *Planteamiento general: la acción administrativa sobre las grandes zonas de interés nacional y la naturaleza de las tierras comprendidas.*

El supuesto de hecho descrito en los antecedentes del presente dictamen se encuadra entre las actuaciones estatales que tienden a la «transformación conómico-social, por razones de interés nacional, de grandes zonas, mediante la realización de las obras que requiera el mejor aprovechamiento de las tierras y las aguas y la creación de nuevas explotaciones agrarias» como indica el párrafo a) del artículo 5.º de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, según el texto aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero. Estamos, entonces, ante una política tradicional en el derecho agrario y que recibió en sus primeros tiempos el nombre de política de colonización. Derogadas las leyes que utilizaban esta denominación (singularmente la de 21 de abril de 1949 sobre colonización y distribución de la propiedad de las zonas regables) su filosofía y sus técnicas pasan a la vigente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario conteniéndose su regulación en los artículos 92 y ss. y, más concretamente, en lo que hace referencia a las zonas regables en los artículos 94 y siguientes.

No es cuestión de reseñar aquí con detenimiento el largo y complicado proceso administrativo descrito en los preceptos reseñados sino sólo de resaltar las notas más características del mismo. Entre ellas merece la pena enumerar, en primer lugar, el papel hegemónico estatal que se cumple por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA), que es el órgano administrativo a quien la Ley encarga llevar a cabo las actuaciones que ella misma prevé. Esta posición primigenia estatal se basa en la capacidad económica que se requiere para llevar a cabo la transformación de las zonas afectadas y que se presume imposible de cumplir por el sector privado. Las palabras finales del artículo 92 son buena prueba de ello cuando se refiere a «la realización de obras o trabajos complejos que, por superar la capacidad privada, hacen necesario el apoyo técnico, financiero y jurídico del Estado».

En segundo lugar, hay que notar el sentido final de la actuación administrativa: se trata de crear unas explotaciones agrarias que sean rentables, con un tamaño adecuado para cubrir las intensidades de explotación que fijan los planes. Puede recordarse aquí, cómo el Plan de

Transformación, aprobado por Decreto de 10 de mayo de 1973, fija unos tamaños que pueden oscilar entre las 20 y 240 Ha.

Esta referencia sirve para poder hacer mención a una tercera característica de esta actuación administrativa: se intenta posibilitar el acceso a la propiedad de personas hasta ese momento sin propiedad o con propiedades inferiores a los mínimos. Todo ello, naturalmente, por partir de la filosofía de que esa distribución facilita la explotación de los nuevos regadíos.

La actuación administrativa, por fin, se canaliza en torno al instituto de la expropiación, que resulta fundamental en este aspecto. El IRYDA expropia las tierras hasta este momento de secano, ofreciéndolas, posteriormente, a los que van a ser nuevos propietarios en unas condiciones de adquisición favorables financieramente.

El procedimiento sucinta y parcialmente descrito tiene otra característica que es preciso resaltar: en ningún momento se hace referencia en las normas aplicables a la naturaleza jurídica de los terrenos sobre los que se actúa. Para la ley aplicable no parece tener ninguna importancia el carácter privado o público de las tierras que van a ser objeto de transformación. No se distinguen situaciones en relación al propietario ni a la forma de propiedad. En nuestro caso en concreto no hay, en principio, especialidades derivadas del carácter comunal de las tierras que van a ser objeto de transformación. Ello induciría a pensar en una homogeneidad de actuación administrativa que se lleva a cabo siempre de la misma forma, sin importar la calificación de los terrenos afectados. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, esta conclusión no puede defenderse sin matizaciones. Existen suficientes datos en nuestro ordenamiento jurídico como para hacer dudar sobre la mecanicidad del procedimiento. El principio de la preservación de los patrimonios públicos e incluso de su potenciamiento se encuentra expresamente reconocido en nuestras normas con referencias concretas, además, al patrimonio comunal. Pero es que además el ordenamiento jurídico específicamente aplicable a la reforma y desarrollo agrario contiene normas que posibilitan la continuación de la propiedad comunal, aun mediando una acción administrativa de transformación de zonas regables. El estudio de estos preceptos se realizará en los dos siguientes apartados.

B) *El principio de conservación y potenciación de los patrimonios públicos. Aplicación a los bienes comunales*

El presente estadio ideológico de nuestra legislación y los mismos fundamentos del Estado contemporáneo contemplan favorablemente la existencia de patrimonios públicos como medio de intervención en la vida económica. Lejanas quedan las desconfianzas liberales hacia la posesión por parte del poder público de los instrumentos básicos de la vida económica. El tiempo de las desamortizaciones pasó y es hoy contemplado críticamente. En concreto surgen actualmente, incluso, formas nuevas de patrimonios públicos que son potenciados desde las mismas normas fun-

damentales del Estado. El patrimonio industrial —las empresas públicas— cuenta incluso con la protección que le da el art. 128 de la Constitución que destierra definitivamente el principio hasta ahora vigente de la subsidiariedad. En el terreno urbanístico, el patrimonio municipal del suelo que se contempla en los arts. 89 y ss. del texto refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril se configura como un instrumento básico en la política urbanística. El dominio público y algunas formas concretas de este mar territorial, plataforma continental, zona marítimo-terrestre, etc., encuentran también su lugar en la misma Constitución en su art. 132.

No son los bienes comunales una excepción a esta tendencia, sino todo lo contrario. Incluso podría recordarse cómo históricamente fueron los bienes comunales exceptuados legalmente de la desamortización. La Ley Madoz de 1 de mayo de 1855, en concreto, que impuso la venta de los patrimonios públicos, exceptuó de ella a los bienes que fueran de aprovechamiento comunal, hecho afortunado que ha permitido hasta hoy la pervivencia de esta clase de bienes. Si fueron vendidos los bienes patrimoniales de propios de los municipios, no ocurrió así con los bienes comunales, lo que informa claramente de un principio clásico de nuestro ordenamiento de cuidado y preservación de estos bienes.

Unos bienes que no están calificados jurídicamente como de dominio público, pero que tienen, inequívocamente, un régimen con unas connotaciones jurídico-públicas innegables a las que se ha referido el profesor Alejandro NIETO en su magnífica monografía. Si no es necesario aquí describir pormenorizadamente las características que aproximan estos bienes al régimen de los de dominio público, sí que deben recordarse, sin embargo, tres de ellas. En concreto se dice que los bienes comunales son inalienables, inembargables e imprescriptibles, notas que aparecen en la Ley de Régimen Local, todavía vigente, de 1955 (art. 188). Estas notas son exactamente las mismas que se predicen del dominio público y tienen la finalidad fundamental de defender, de conservar estos patrimonios frente a las acciones depredadoras de los particulares o a la gestión irregular de quienes se encuentran al frente de los órganos en quienes recae su titularidad.

Pero la mayor prueba de la voluntad protectora de los bienes comunales se encuentra en su mismo acceso al texto constitucional. El párrafo primero del art. 132 de la Constitución sitúa a los bienes comunales al lado de los de dominio público en unas frases que merece la pena consignar:

«La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y *de los comunales* inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad así como su desafectación.»

Los bienes comunales y sus características básicas llegan al supremo texto en la jerarquía normativa, y aunque se defiera a la ley la regulación del régimen de estos bienes, no cabe duda de que todo el ordena-

miento jurídico y la interpretación que del mismo realicen los órganos administrativos y jurisdiccionales debe verse afectado por el reconocimiento constitucional. El sentido del espíritu constitucional deberá verse precisado por vía de legislación ordinaria y de actuaciones administrativas y judiciales aisladas, pero sin duda esta legislación y esta actuación singular cuentan con una segura guía en su camino que se une a la defensa de estos patrimonios sin duda públicos. Cuando más adelante encontremos preceptos del ordenamiento que insertados dentro de la normativa agraria permiten defender la continuidad del patrimonio comunal deberá recordarse el dictado constitucional para reforzar el sentido de esos preceptos frente a otros argumentos que puedan oponerse a ellos.

La referencia a la Constitución y la expresa renuncia a la descripción del régimen específico de protección de los bienes comunales que puede encontrarse en los artículos correspondientes de la Ley de Régimen Local o del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales aprobado por decreto de 27 de mayo de 1955 no impide que, a título de ejemplo, se haga aquí mención a tres preceptos muy representativos de este espíritu de conservación y de potenciamiento que se cita.

Es el primero el artículo 3.º de la Ley 55/1980 de 11 de noviembre de montes vecinales en mano común. Se refiere a la expropiación de estos montes caracterizados por su titularidad comunal e indica que esta expropiación podrá tener lugar por causas de utilidad pública o interés social *prevalentes* a los del propio monte, una prevalencia que exige una declaración expresa del Ministerio de Agricultura y oír previamente a las comunidades afectadas. Esta prevalencia, sin duda, exige una justificación que de no darse podría basar un recurso ante los Tribunales. La existencia, además, de la necesidad de esta declaración informa de nuevo del espíritu de protección de los patrimonios comunales al que me vengo refiriendo repetidamente.

Mismo espíritu de protección existe en el art. 185 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que permite excluir de la concentración parcelaria a los bienes comunales.

Por último, buena muestra de la tendencia a la potenciación de estos patrimonios es el artículo 82 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, que indica cómo la cuota anual que se fije por el aprovechamiento de los bienes se destinará a compensar los gastos que se originen por la «custodia, conservación, administración e incremento de los bienes».

C) *El art. 87 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales y su aplicación a la transformación de zonas regables*

Los preceptos consignados hasta ahora, aun a pesar del mismo rango constitucional que alguno de ellos alcanzan, tendrían dificultades especiales para conseguir, en el tema que nos ocupa, unos efectos como los que el Ayuntamiento de Ejea pretende lograr respecto a sus bienes comu-

nales. La directiva que sienta la Constitución; el mismo espíritu que se desprende de los preceptos nombrados y del sentir general de nuestra legislación no podría ser bastante para vencer la aplicación mecánica de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, dado el carácter eminentemente positivo —y ello no tiene por qué ser un defecto— de la aplicación jurídica. Sin embargo, estos preceptos pueden tener una trascendencia capital si se trata de coadyuvar a la aplicación de otro que específicamente se encuentra vinculado al ordenamiento agrario que se consulta. Se trata del artículo 87 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, cuyo texto se consigna a continuación antes de proceder a su análisis:

1. Las fincas que, en cumplimiento de su misión, adquiera el Instituto Nacional de Colonización (ahora IRYDA) podrán ser adjudicadas, total o parcialmente, a los Ayuntamientos de los respectivos términos municipales donde radicaren, siempre que lo soliciten, en los dos supuestos siguientes:
 - a) cuando la extensión íntegra del predio o la porción del mismo que se otorgue sea apta para el establecimiento de huertos familiares, aunque la instalación de éstos requiera la previa realización de obras y mejoras determinadas; y
 - b) cuando las características agronómicas de la finca o de parte de ella, o las circunstancias sociales del Municipio y las necesidades del vecindario requieran que se confiera a éste el disfrute comunal de la totalidad o parte del inmueble.
2. Juntamente con las fincas podrá el Instituto adjudicar a los respectivos Ayuntamientos edificios para ser destinados a los servicios municipales.
3. El valor de adquisición de la finca o parte de ella que se adjudique al Ayuntamiento y el de las mejoras que realice el Instituto, así como los intereses correspondientes, se reintegrarán a este Organismo por la Corporación adjudicataria en el número de anualidades no superior a veinticinco que para cada caso señale el Consejo Nacional de Colonización.
4. En tanto el Ayuntamiento no satisfaga al Instituto el total importe de dichas cantidades, continuará atribuido a éste el dominio del inmueble y le corresponderá la aprobación de las normas para que el disfrute de los huertos familiares o para la ordenación del aprovecha-

miento comunal dicte el Ayuntamiento, pudiendo adoptar aquel Organismo cuantas medidas estime oportunas para evitar o corregir la infracción de dichas normas.

5. La falta de pago de cualquiera de las anualidades de reintegro, así como toda actuación del Ayuntamiento que directa o indirectamente interfiera o desconozca las facultades que con arreglo a estas normas corresponden al Instituto o que entorpezca o enerve su ejercicio, podrá dar lugar a que éste revoque la concesión, imponiendo a la entidad municipal las sanciones que señale el apartado d) del artículo 2.º del Real Decreto-ley de 9 de marzo de 1928, sin que se descuente en ningún caso al Municipio el 10 por 100 que el aludido precepto faculta.
6. Con el fin de subvencionar a los Ayuntamientos, en los casos en que por su situación económica así se estime procedente, el Ministerio de la Gobernación incluirá en su presupuesto la consignación necesaria.

El largo precepto consignado se basa claramente en un principio positivo: es la petición del Ayuntamiento la que puede poner en marcha la atribución al ente municipal con el carácter de bienes comunales de las fincas adquiridas por el Instituto. Esta petición del Ayuntamiento, además, es aplicable a cualquier finca, no sólo a las que originariamente tuvieran el carácter de comunales antes de su adquisición por el Instituto, sino también a las que fueran propiedad de particulares. La petición del Ayuntamiento debe basarse en unas causas que consigna el apartado primero y que más tarde se analizarán en su aplicación al caso concreto. Por último, aunque no menos importante, el artículo contempla una actuación genérica del Instituto que comprende sin duda la transformación de zonas regables. Este último problema, junto con la interrogación acerca de la aplicación del precepto y su relación con la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario unido a la posibilidad de discrecionalidad en su apreciación, se examinan en los siguientes epígrafes.

- a) *El origen del art. 87 del Reglamento de Bienes justifica su aplicación a la transformación de zonas regables*

El enunciado del art. 87 del Reglamento de Bienes no contempla específicamente su aplicación a la transformación de zonas regables, sino que solamente se refiere a las fincas adquiridas «en cumplimiento de su misión» por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, sucesor del Instituto Nacional de Colonización. La abstracción del enunciado bastaría para predicar la aplicación al supuesto, dado que esta transformación es una de las misiones que se atribuyen al Instituto. La necesidad, sin em-

bargo, de ofrecer la mayor fundamentación posible de la solución postulada obliga a un examen de origen histórico del art. 87 del Reglamento de Bienes del que se va a desprender, sin objeción posible, su aplicación a la actuación que el Instituto pretende llevar a cabo en las tierras pertenecientes al Ayuntamiento de Ejea.

El art. 87 del Reglamento de Bienes no aparece en este texto de nueva planta, sino que tiene un antecedente concreto y textual en un Decreto cinco años anterior al Reglamento de Bienes, el Decreto de 12 de mayo de 1950, un texto con una voluntad genérica de evitar la aplicación mecánica de los criterios que prevé la legislación de colonización, como puede comprobarse con la cita de su Exposición de Motivos:

«La trascendencia e importancia de la misión parceladora del Instituto *no permite que la adopción de un criterio interpretativo rígido y literal venga a limitar el contenido de esa labor*, refiriéndola a una nueva división material de las fincas rústicas para atribuir la propiedad de las parcelas resultantes a modestos labradores o para facilitar el acceso a la propiedad de los colonos que las labran.»

Los artículos 1.º y 2.º de este decreto, además, tienen el mismo texto que el artículo 87 del Reglamento de Bienes, lo que exime de su reproducción. Lo que importa destacar es que el Decreto de 12 de mayo de 1950 sigue una línea de excepcionalidad a la legislación de colonización, presente en otros decretos de 1942 y 1944 y que es sólo un año posterior a la Ley de 21 de abril de 1949 sobre colonización y distribución de la propiedad de las zonas regables cuyo solo enunciado indica bien a las claras su objeto. La Ley de 1949, al final, se integrará en el texto refundido de la ley de reforma y desarrollo agrario, pero mientras tanto los artículos 1.º y 2.º del Decreto de 1950, entendibles en conexión con esta Ley, han pasado a ser recogidos por el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1955, una norma fundamental, básica en el régimen local español que continúa con plena vigencia, sin que norma posterior alguna haya considerado derogado el art. 87 de este Reglamento.

- b) *El carácter reglamentario del art. 87 del Reglamento de Bienes no implica su derogación tácita por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*

No ha existido derogación expresa del art. 87 del Reglamento de Bienes y tampoco puede pensarse que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que no asume el contenido de este artículo 87, haya derogado tácitamente el precepto como consecuencia de la mecánica aplicación de los principios de la jerarquía normativa, ley *versus* reglamento. Hay que recordar, para afirmar tal conclusión, la pacífica coexistencia entre la

Ley de colonización de 1949 y el Decreto de 12 de mayo de 1950 que, repito, para el caso de fincas determinadas que se juzgaran de necesaria atribución comunal excepcionaba los principios de la ley de 1949. Además, es preciso hacer mención del carácter refundidor de la Ley de Reforma de Desarrollo Agrario. Ello implica que no estamos ante una norma creadora que trate fundamentalmente de innovar el derecho vigente antes de su emanación. Por el contrario la refundición implica la sistematización en un solo cuerpo legal de la posible y múltiple variedad de textos existentes sobre una determinada institución. Se trata de una norma aclaradora, ordenadora y nunca creadora. En tal sentido no hubieran existido problemas para que incluso las normas del Decreto de 12 de mayo de 1950 se incorporaran al mismo texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Una obra legislativa perfecta hubiera incluido, de seguro, esta particularidad entre los muchos artículos de la ley. Los redactores de la misma, sin embargo, eran conscientes de la dificultad de la tarea emprendida ante la misma variedad del incipiente derecho agrario y no viene mal recordar un párrafo de la Exposición de Motivos del Decreto aprobador del texto refundido en el que se reconocen los posibles errores o ausencias habidos:

«En cumplimiento del citado precepto legal se promulga, pues, el adjunto texto, que representará, sin duda, un paso importante en el camino de la codificación del Derecho agrario, si bien conviene advertir que no puede constituir en sí mismo una obra perfecta, teniendo en cuenta, de una parte, el elevado número y la gran complejidad de las leyes que se incorporan a él, y, de otra, la frecuente heterogeneidad de algunas de estas leyes, entre las que no existe otra relación que la incidencia más o menos directa en el tema de las estructuras agrarias.»

De todo lo dicho resulta perfectamente clara la posibilidad de existencia de normas agrarias al margen del *corpus* básico en esta cuestión, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. El art. 87 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales es sin duda una de estas normas contenida, además, en un texto de importancia singular: uno de los Reglamentos que desarrollan la Ley de Régimen Local, la constitución verdadera de los entes locales españoles.

c) *El art. 87 del Reglamento de Bienes y el Plan de Transformación aprobado por Decreto de 10 de mayo de 1973*

Aunque se afirma la compatibilidad entre el art. 87 del Reglamento de Bienes y las normas de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario podría pensarse que esa compatibilidad tiene lugar sólo en el plano general, abstracto, que cuando se singularizan los preceptos en un único procedi-

miento, la aprobación del Plan de Transformación si no hace referencia a las posibilidades conferidas a los Ayuntamientos por el art. 87 del Reglamento de Bienes deroga de hecho este precepto. Ello implicaría en nuestro caso considerar inaplicable el art. 87 del Reglamento de Bienes porque el Plan de Transformación aprobado por Decreto de 10 de mayo de 1973 para nada hace referencia al supuesto contenido en el artículo 87. Defender esta conclusión, sin embargo, supondría una comprensión no exacta del significado del art. 87 del Reglamento de Bienes.

Este artículo, en realidad, contiene una previsión general: la posibilidad de que los Ayuntamientos, haciendo uso de la potestad que les confiere, soliciten la atribución de una finca de las adquiridas por el IRYDA para que se les confiera su propiedad con el carácter de bien comunal. Estamos, por tanto, ante la plasmación de un principio dispositivo general que no necesita ser recordado por cada Plan de Transformación singular. Existe y es permanente para cualquiera de las actuaciones emprendidas por el IRYDA. Que los planes de Transformación guarden silencio en cuanto a la posibilidad conferida por el art. 87 del Reglamento de Bienes en forma alguna implica una derogación de éste para el caso concreto. Para derogar el principio del art. 87 sería precisa una norma del mismo rango jerárquico que específicamente se refiriera a esa derogación. El Decreto de 1973 aprobador del Plan de Transformación deja, por tanto, vigente el art. 87 del Reglamento de Bienes y prevé una forma de actuación administrativa conforme a la cual se llevará a cabo la transformación y ordenación de la zona regable, una manera de actuación que sólo podrá ser excepcionada si el Ayuntamiento acude a la cita del artículo 87 del Reglamento de Bienes, y además, se acuerda en vía administrativa o, en su caso, judicial la conveniencia de aplicación de tal norma.

- d) *El art. 87 del Reglamento de Bienes no permite considerar como discrecional la respuesta administrativa a la petición municipal*

En los epígrafes anteriores ha quedado perfectamente demostrada la vigencia y aplicabilidad al supuesto presente de lo dispuesto en el art. 87 del Reglamento de Bienes. El siguiente paso en el análisis de este precepto exige comenzar el examen de su configuración interna para considerar, en primer lugar, que la respuesta administrativa a la petición municipal de atribución de tierras en modo alguno se puede tomar con arreglo a criterios discrecionales, sino que está dibujada por el precepto una actividad reglada que limita el ámbito de libre disquisición administrativa por medio de un correcto examen de los supuestos de hecho que aparezcan en el procedimiento correspondiente.

La configuración externa del precepto, sin embargo, podría dar lugar a alguna duda respecto a lo hasta aquí afirmado. Recuerdo cómo el párrafo primero del art. 87 del Reglamento de Bienes habla de que

«las fincas que, en cumplimiento de su misión, adquiera el Instituto Nacional de Colonización (ahora IRYDA), *podrán* ser adjudicadas, total o parcialmente...».

En la palabra que aparece en cursiva podría existir la base para la defensa de la pretendida discrecionalidad administrativa en la respuesta a la solicitud municipal. Según esta interpretación, el órgano administrativo competente podría responder sin ninguna vinculación previa a la petición del Ayuntamiento respectivo. Tal conclusión, sin embargo, en modo alguno es congruente con la configuración de las potestades administrativas en nuestro derecho y tampoco con la regulación concreta que recoge el art. 87 del Reglamento de Bienes.

No es éste el lugar adecuado para recordar con detenimiento uno de los signos que más profundamente han marcado la evolución del Derecho Administrativo. La lucha contra las inmunidades del poder, citando la conocida expresión utilizada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA como pórtico a uno de sus más importantes trabajos, ha concluido en una afirmación que hoy es general en la doctrina y la jurisprudencia: no existen potestades discrecionales puras, sino que en toda actuación administrativa hay elementos reglados que sirven de base para vincular a la Administración y, a su vez, posibilitar un control judicial. Cuando el art. 103 de nuestra Constitución indica que «la Administración Pública (está sometida) a la ley y al Derecho» está reconociendo meridianamente la imposibilidad de encontrar en la actuación administrativa zonas exentas de control.

La excepcionalidad que representa el art. 87 del Reglamento de Bienes en relación al procedimiento de transformación de zonas regables tiene su fundamento en la realidad de la existencia de las dos causas que, indistintamente, pueden servir de base a la petición municipal y que recuerdo de nuevo aquí:

- a) cuando la extensión íntegra del predio o la porción del mismo que se otorgue sea apta para el establecimiento de huertos familiares, aunque la instalación de éstos requiera la previa realización de obras o mejoras determinadas.
- b) cuando las características agronómicas de la finca o de parte de ella, o las circunstancias sociales del Municipio y las necesidades del vecindario requieran que se confiera a éste el disfrute comunal de la totalidad o parte del inmueble.»

Si se da cualquiera de estas circunstancias, no cabe duda de que se debería resolver positivamente la petición municipal, pues en caso contrario nos encontraríamos ante un precepto vacío, desprovisto de cualquier fuerza ejecutiva propia, estaríamos ante una directiva moral y no ante

un precepto jurídico como, evidentemente, es el art. 87 del Reglamento de Bienes.

A la solución postulada ahora coopera también el examen de alguna otra norma de nuestro ordenamiento que utiliza del mismo modo el verbo «poder». En concreto me refiero a la revisión de los actos administrativos regulada en los arts. 109 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Como ha demostrado cumplidamente el profesor SANTAMARÍA PASTOR, la petición de revisión de un acto administrativo ejercitada por un particular no deja en libertad a la Administración para acceder a ello, sino que le obliga a examinar el expediente y a dar una respuesta coherente si encuentra al acto afectado por un vicio de nulidad. Esta interpretación doctrinal se encuentra ya, además, aceptada por los Tribunales y hoy en día la llamada «acción de nulidad» es una realidad viva de nuestro derecho.

Idénticos principios habría que aplicar para el art. 87 del Reglamento de Bienes. La petición municipal basada en una de las causas recogidas en el precepto citado obligaría a la Administración competente a su examen detenido y, en consecuencia, a dar una respuesta coherente si encontrara probada la efectividad de esa causa.

En el caso concreto parece indubitado que se dan las «circunstancias sociales del Municipio y las necesidades del vecindario» a que se refiere el art. 87 del Reglamento de Bienes. La expropiación prevista en el Plan de Transformación y la reordenación posterior de la propiedad dejaría al Ayuntamiento de Ejea prácticamente desprovisto de su patrimonio en el que se basa igualmente el presupuesto y los servicios públicos que el Ayuntamiento ejeano presta con una efectividad singular. Los documentos y previsiones elaborados por el Ayuntamiento muestran igualmente que los planes municipales respecto a la ordenación del aprovechamiento de estos bienes fomentarían una modernización agrícola que iría pareja a una redistribución de la riqueza innegable. Estas finalidades cooperan a la adopción de la solución postulada todavía en mayor medida si se consideran detenidamente los dos primeros artículos de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que fijan un sentido a la política agraria que se encuentra evidentemente dentro de las metas perseguidas por el Ayuntamiento de Ejea. Merece la pena transcribir por ello estos dos artículos:

Art. 1.º El suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional.

Art. 2.º El cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular obliga:

- a) A que sea explotada la tierra con criterios técnico-económicos apropiados según su destino agrario más idóneo, o utilizada para otros fines, sin perjuicio de la debida rentabilidad para el particular, atendiendo en todo caso el interés nacional.

- b) A que en las fincas de aprovechamiento agrario se realicen las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación de los recursos naturales disponibles de acuerdo con el nivel técnico existente y siempre que las inversiones necesarias sean rentables desde un punto de vista económico y social.
- c) A que en la Empresa agraria se preste el trabajo en condiciones adecuadas y dignas y a que se efectúen, bien directamente o en colaboración con la Administración, las inversiones necesarias de carácter social que sean proporcionadas a la dimensión e importancia de la Empresa, teniendo en cuenta la rentabilidad de ésta, para la promoción de sus trabajadores.

En el examen de la petición municipal y de su fundamentación los principios reseñados en estos artículos deberían, necesariamente, guiar la respuesta del IRYDA. Las formas de utilización, las referencias a la «función social» de la propiedad o la adecuada explotación de las fincas son conceptos fácilmente referibles y contrastables a los propósitos del ente local y no meras expresiones vacías de significado y aplicación.

- e) *El destino comunal de las fincas comprende cualquier forma de aprovechamiento comunal*

La causa b) contenida en el párrafo 2.º del art. 87 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones tiene su fundamento esencial en la necesidad de dedicar las fincas al «disfrute comunal». Este disfrute comunal debe ser comprensible en el marco de las formas de aprovechamiento de los bienes comunales que prevé el art. 192 de la Ley de Régimen Local. En modo alguno se está refiriendo sólo a una de ellas, a la llamada «explotación colectiva o comunal» prevista en el párrafo primero del art. 192, sino a cualquiera de las posibles que son concretadas para cada municipio en sus correspondientes Ordenanzas de aprovechamientos. Quiere ello decir que la aplicación del art. 87 del Reglamento de Bienes no puede vincularse a una forma determinada de aprovechamiento comunal porque ello sería restringir injustificadamente las formas de aprovechamiento que la misma legislación prevé. Cabe, por tanto, el aprovechamiento por lotes o suertes, pública subasta mediante precio o cualquier otra variedad que pueda ser amparada por la legislación local.

- D) *La aplicación de la solución postulada*

La inserción de una norma excepcional como es el art. 87 del Reglamento de Bienes es un procedimiento perfectamente delimitado, como

sucede con el de transformación de zonas regables previsto de forma general en los arts. 94 y ss. de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y, para los casos concretos, en los respectivos Planes de Transformación ocasiona unas dificultades innegables. Al margen de la misma decisión sobre la oportunidad de su aplicación, en el supuesto presente se origina el problema adicional de la pertenencia previa de estas fincas como bienes comunales al Ayuntamiento de Ejea. Este hecho implicaría en una aplicación mecánica de las normas, la expropiación de estas tierras por IRYDA, su transformación y, posteriormente en virtud de lo dispuesto en el art. 87 del Reglamento de Bienes, su entrega al Ayuntamiento, que debería pagar por ellos el precio correspondiente. Esta doble transmisión de la propiedad de una finca entre dos titulares no es evidentemente el caso típico previsto por el art. 87 del Reglamento de Bienes, pero coopera a su vez para postular su aplicación, dado el previo carácter comunal del bien. Un carácter comunal, por otra parte, que desaparecería en la primera adquisición por el IRYDA para recobrase por ministerio de la Ley cuando se perfeccionara la atribución de los bienes al Ayuntamiento. Todas estas razones inclinan a plantear la posibilidad de un convenio previo Ayuntamiento-IRYDA en el que quedarán reflejados los derechos y obligaciones de ambos entes administrativos en el negocio jurídico. Este convenio sugiere la interrogación acerca de si no debería ir precedido de un acto jurídico dictado con mayores solemnidades y que decidiera la puesta en marcha de este sistema. Más tarde se estudiaría la ordenación de los aprovechamientos. La posibilidad de acuerdo no excluye, por último, la resistencia a la adopción de una solución como la postulada, lo que obliga al estudio de las posibilidades jurídicas de que estaría investido el Ayuntamiento de Ejea para conseguir sus propósitos.

a) *La conveniencia de que el Gobierno adopte la decisión de aplicación del art. 87 del Reglamento de Bienes*

El art. 87 del Reglamento de Bienes no contiene ninguna indicación concreta acerca de la autoridad que debe decidir sobre la atribución de las fincas como bienes comunales a los respectivos Municipios. No hay ninguna indicación concreta porque, sin duda, se atribuye implícitamente esa decisión al mismo Instituto que ha adquirido la finca para el cumplimiento de sus misiones. Es, por tanto, el propietario de la finca quien decide sobre el destino final de la misma.

En el caso presente, sin embargo, nos encontramos con algún dato que hace deseable la adopción de la decisión por el Gobierno mediante Decreto. Este dato lo constituye la aprobación del Plan de Transformación de la zona por Decreto de 10 de mayo de 1973. Aun cuando se razonó ya suficientemente acerca de la impropiedad de considerar que este Plan hubiese impedido para el caso concreto la aplicación del art. 87 del Reglamento de Bienes, lo cierto es, sin embargo, que su falta de mención concreta hace mucho más deseable que el mismo Gobierno decida su aplicación para las fincas

afectadas. El IRYDA, ente instrumental al fin y al cabo, tendría así facilitada su labor y todo el proceso en su conjunto vería acrecentada su fundamentación jurídica cara a la posible impugnación de la decisión.

La adopción de este acuerdo por el Gobierno debería llevarse a cabo antes de que comenzara la obra transformadora de la propiedad en la zona referida para evitar que pudieran surgir derechos en expectativa sobre la tierra que pudieran dar base a impugnaciones judiciales más o menos fundadas.

b) *La aplicación del art. 87 del Reglamento de Bienes sería facilitada por un convenio Ayuntamiento-IRYDA*

Partiendo de la existencia de una decisión formal que representa la aplicación del art. 87 del Reglamento de Bienes, no cabe duda de que el sucesivo devenir jurídico y fáctico sería facilitado por la conclusión de un convenio entre el Ayuntamiento y el IRYDA.

Este convenio —cuya existencia podría preverse en el mismo decreto a que se hace referencia en el punto anterior— podría tener un contenido muy variado dentro del marco previsto por el art. 87 del Reglamento. Los derechos y obligaciones de ambas partes podrían ser contemplados en una extensión que no tendría más límite que las respectivas voluntades. Incluso podría estudiarse la posibilidad de participación del Ayuntamiento en las obras de infraestructura necesarias o la extensión a tierras distintas de las ahora comunales de la aplicación del art. 87 del Reglamento de Bienes.

Conviene destacar respecto a las obligaciones financieras del Ayuntamiento, que el artículo tantas veces citado indica que el valor de adquisición de la finca deberá ser reintegrado al IRYDA en un número de anualidades no superior a veinticinco. El precepto se refiere solamente al tope máximo a los efectos de realizar el pago, pero todo lo demás queda obviamente a la discreción de las partes que en el convenio a que me vengo refiriendo podrían explicitar ampliamente.

De la misma forma, y aun a pesar de lo que en el siguiente punto se consigna, podrían en el convenio escriturarse principios generales respecto a la ordenación del aprovechamiento de los bienes.

c) *La ordenación futura del aprovechamiento de los bienes comunales*

La norma de privilegio que para el Ayuntamiento representa el art. 87 del Reglamento de Bienes está compensada por algunas garantías que se ofrecen al IRYDA. Una de ellas está contenida en el párrafo cuarto del artículo y consiste en la precisión de que hasta que no se realice el pago total de la cantidad que se considere precio de las tierras, la propiedad de las mismas sigue atribuida al IRYDA. Ello tiene como consecuencia que es el IRYDA quien aprueba las normas para la regulación del aprovechamiento comunal. Se excepciona así un principio tradicional en la Ley de Régimen Local como es el control de las Ordenanzas municipales por el gobernador

civil (art. 108 y ss. de la Ley) por razón de las circunstancias excepcionales que recaen en el caso.

La elaboración de estas Ordenanzas, en todo caso, corresponde al Ayuntamiento y la aprobación de las mismas —como es usual en la teoría de la tutela administrativa— debería ser automática siempre y cuando estas Ordenanzas no contuvieran vicio de legalidad. En otras palabras, el IRYDA no goza de potestad para imponer por razones de oportunidad un determinado contenido a estas Ordenanzas. La aplicación analógica de las normas de la Ley de Régimen Local referidas al control sobre ordenanzas (véase art. 110, entre otros) unidos a la numerosa jurisprudencia sobre la materia son elementos más que suficientes para defender esta postura. Al tema me he referido suficientemente en el análisis de la gran variedad de tipos de Ordenanza existentes, en mi libro *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, ed. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978, 783 págs.

Conviene añadir, por último, que uno de los posibles puntos a incluir en el convenio podría ser precisamente éste de la ordenación de los bienes fijando algunos principios generales que dejaran, en todo caso, bien clara la libre potestad del Ayuntamiento —dentro de la legalidad, desde luego— para redactar estas Ordenanzas.

d) *El supuesto del conflicto y las medidas a adoptar por el Ayuntamiento*

El razonamiento contenido en las líneas precedentes se basa en la necesidad de llegar a un acuerdo previo con las instancias gubernamentales competentes. El acuerdo previo, que reconocería la realidad de la existencia de la causa b) del párrafo primero del art. 87 del Reglamento de Bienes, es la solución ideal a conseguir y la meta que el Ayuntamiento tiene que plantearse. Un acuerdo que deberá venir precedido de unas negociaciones en las que el Ayuntamiento tendrá que demostrar la justeza de su petición en relación a la causa legal prevista.

No obstante, hay que plantear también la posibilidad del disenso, la rotura o fracaso de las negociaciones. En modo alguno ello supondría que hubiera desaparecido la única posibilidad jurídica de conseguir la voluntad municipal. Por el contrario, el reconocimiento de la posición gubernamental negativa obligaría a llevar la solución del caso ante las autoridades judiciales que son naturalmente las competentes para resolver una diversa postura ante un precepto jurídico.

Las últimas palabras fundamentan la misma posibilidad de acudir a los Tribunales. La postura municipal —equivocada o no— tiene un soporte básico para emitirse en la existencia del art. 87 del Reglamento de Bienes unida a toda la normativa favorecedora de los patrimonios públicos. No se trata, por tanto, de la mera emisión de una opinión municipal, de una declaración de deseo, sino de una actitud que se apoya en una base normativa indudable. Lo que, en última instancia, pediría la Administración municipal

al juez es la decisión sobre la aplicación a un determinado supuesto de hecho de un precepto jurídico.

Sea dicho esto último para reaccionar contra la alusión a posibles excepciones de inadmisibilidad. Como también va en la misma dirección la negación de la supuesta discrecionalidad con que podría actuar la Administración competente en respuesta a la petición municipal. En este punto no tengo otra cosa que hacer que remitirme a otro lugar del dictamen donde se examinó cumplidamente la inexistencia de potestad discrecional en la Administración.

La fundamentación de la licitud del actuar judicial exige todavía la descripción del modo de planteamiento de la cuestión ante los Tribunales. Los Tribunales contencioso-administrativos son esencialmente revisores de una actuación administrativa, lo que exige el planteamiento previo formal de la cuestión ante la Administración haciendo abstracción de las previas negociaciones fallidas. Esto supone la respuesta a dos preguntas: ante qué órgano administrativo debe plantearse la petición y en qué momento.

La primera pregunta tiene una respuesta lógica: la petición deberá plantearse ante el órgano administrativo con capacidad para responder. Según el artículo 87 del Reglamento de Bienes es el IRYDA quien aparece implícitamente atribuyendo la finca o fincas al Municipio que las solicitó. Esto implica, por tanto, que sería a éste a quien debería plantearse la petición y en el momento en que tiene capacidad para resolverla cuando ha hecho suyas las fincas. A esta pregunta coopera el comienzo del art. 87: «Las fincas que, en cumplimiento de su misión, *adquiera* el Instituto Nacional de Colonización (ahora IRYDA) podrán ser adjudicadas...»

Esta respuesta, sin embargo, puede ser insatisfactoria en un caso como el presente en el que se encuentra ya aprobado el Plan de Transformación por el Gobierno. Lo procedente sería, por tanto, realizar la petición ante el mismo Gobierno, frente a la respuesta negativa de éste y acudir ante los Tribunales interponiendo un recurso contencioso-administrativo. Caso de silencio administrativo, se aplicarían los plazos y procedimiento que indica el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir tres meses tras la petición que no tiene respuesta podría denunciarse la mora y tras otros tres meses se entendería denegada la petición y expedito el acceso al Tribunal competente. Este Tribunal competente es el Tribunal Supremo según el art. 14, 1, A) b) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956.

A la vista de todo lo expuesto pueden formularse las siguientes

IV) CONCLUSIONES

- 1.^a Existe en nuestro ordenamiento un principio inmanente de protección y conservación de los patrimonios públicos, entre ellos del patrimonio comunal.
- 2.^a El art. 87 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Lo-

cales permite afectar al patrimonio comunal tierras adquiridas por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario en el cumplimiento de su misión de transformación de zonas regables.

- 3.^a El cumplimiento objetivo de las causas previstas por el artículo 87 del Reglamento de Bienes obliga a la Administración competente a resolver positivamente la petición municipal de atribución de tierras:
- 4.^a En el caso concreto se considera conveniente que la aplicación del artículo 87 del Reglamento de Bienes fuera decidida por el Gobierno mediante Decreto.
- 5.^a La puesta en marcha del precepto se facilitaría con un convenio entre el IRYDA y el Ayuntamiento en el que se contemplaran globalmente los derechos y obligaciones de ambas partes, singularmente el pago de las tierras y la ordenación de los aprovechamientos.
- 6.^a En caso de negativa administrativa a aceptar la aplicación del artículo 87 del Reglamento de Bienes, los Tribunales podrían conocer del hecho y resolverlo mediante sentencia.

Este es el dictamen que se somete a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En Zaragoza, a 10 de agosto de 1981.

Antonio EMBID IRUJO

BIBLIOGRAFIA

