

EL ENJUICIAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACION EN RELACION CON LOS BIENES DEMANIALES *

POR

JOSÉ BERMEJO VERA

Profesor Agregado de Derecho Administrativo
en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. *Introducción:* A) *En torno a la «generalidad» del dominio público.* B) *Inconcreción del contenido conceptual del demanio.* C) *La «provisionalidad» del dominio público.* 2. *Planteamiento jurídico-positivo de la noción de dominio público:* A) *Estrechez e insuficiencias del planteamiento normativo.* B) *Crítica de la distinción entre dominio público y patrimonio «privado» de los entes públicos.*—II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JURISDICCIÓN. LA CONCEPCIÓN SUBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS REPERCUSIONES SOBRE LAS RELACIONES DEMANIALES: 1. *Efectos generales de un planteamiento subjetivista del concepto de Administración.* 2. *El criterio subjetivista de la Administración y el dominio público.* 3. *Referencia sucinta al criterio procesalista en la evolución del concepto de Administración: significado y consecuencias.* 4. *Cuestiones civiles y cuestiones administrativas, como criterio erróneo de reparto de competencia jurisdiccional.* 5. *dominio público y régimen jurídico-administrativo: inconsecuencias más importantes.* 6. *Consecuencias generales del proceso de judicialización de lo contencioso-administrativo.* 7. *Los Tribunales contencioso-administrativos, una organización judicial común: su significado cara a la problemática abordada en el presente estudio.* 8. *La pretendida función «revisora» de la jurisdicción contencioso-administrativa: efectos negativos.* 9. *Conclusión: la plenitud jurisdiccional del orden contencioso-administrativo.*—III. LA «JUSTICIABILIDAD» DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO: 1. *Cuestión preliminar: El problema de la titularidad subjetiva de los bienes demaniales.* 2. *La errónea identificación jurisprudencial entre las declaraciones dominicales públicas y las cuestiones de índole civil.* 3. *Excurso: la evolución de la noción de propiedad y sus repercusiones en la tesis adoptada.* 4. *Una insuficiente explicación jurisprudencial: la competencia para enjuiciar sobre la competencia.* 5. *Efectos y consecuencias de las reivindicaciones administrativas de bienes de dominio público y de las eventuales sentencias judiciales que las ratifican.* 6. *El necesario replanteamiento de los problemas de la «cosa juzgada» en el proceso administrativo. Perspectiva general y, en concreto, perspectiva particular de los pronunciamientos judiciales en torno a la calificación de bienes demaniales.* 7. *Conclusión general.*

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. La lenta, pero al parecer irremediable, desaparición de gran parte del patrimonio colectivo viene causando serias y justificadas inquietudes en los tiempos presentes. La preocupación es hoy mayor res-

(*) El presente trabajo fue realizado con una ayuda de investigación del Instituto de Estudios Administrativos concedida dentro del Plan de investigación del año 1976.

pecto de las cada vez más escasas posibilidades de *uso normal de los bienes de todos*, a consecuencia, sin duda, de la devaluación evidente que éstos sufren, que respecto de la causada por su probada disminución material. Dicho de otro modo, la degeneración cualitativa inquieta más al hombre de nuestro tiempo que la desaparición física o material de los bienes colectivos, quizá porque esta última no es más que la consecuencia lógica del incesante aumento demográfico, alguna de cuyas previsiones ha fallado estrepitosamente en términos superiores a los admisibles aun en una «ciencia de pronósticos» (1).

Estas inquietudes, de todos modos, no reflejan un estado de ánimo realmente grave, y ello tal vez porque la voracidad apropiatoria de carácter individual sigue siendo todavía superior al deseo de compartir los bienes con los semejantes. Ciertamente que la generalización aquí es muy peligrosa y que resulta obligado llevar a cabo las oportunas distinciones. El ejemplo de bienes o patrimonios, como el agua y el aire, demuestra palmariamente que el grado de *concienciación colectivista* es muy superior al de otros tipos patrimoniales, como el suelo y el subsuelo, con todas sus variadas manifestaciones susceptibles de apropiación individual. En este sentido, las reglas de nuestro vetusto Código Civil han quedado ya totalmente superadas e inservibles, no solamente por su caprichosa distribución y pretendida globalización, sino porque se presentan incompletas y realizadas al dictado de las formas jurídicas vigentes en un determinado contexto socioeconómico. Prueba de ello es que, por un lado, el articulado del Código que se refiere a esta temática excluye, sin razón alguna, a las aguas del mar, y no prevé regla alguna —en este caso, con mayor justificación— para las nuevas fuentes energéticas (eólica y solar, por ejemplo), hoy de probadísima trascendencia en un conjunto patrimonial de carácter colectivo. Por otro lado, y en el terreno de las formas jurídicas, también los sistemas de *pertenencia* previstos por el viejo Código han dado paso a otros nuevos —el *leasing*, por ejemplo— a los que, si bien se aplican normas tradicionales por una especie de asimilación institucional (2), resulta difícil encajar dentro de los moldes de aquél.

Pero, dejando al margen todas estas cuestiones, lo cierto es que, como decía al comienzo, la problemática general de los patrimonios

(1) En lo que respecta a nuestro país, y aunque, según el autor, «la tasa de mortalidad infantil sigue siendo en España superior a la de todos los países europeos occidentales sin excepción», el fenómeno ha sido perfectamente notado por Salustiano del CAMPO: *Análisis de la población de España*, Ariel, Barcelona, 1972.

(2) Por todos; cfr. MARTÍN OVIEDO: *El «leasing» ante el derecho español*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1972, p. 12 y *passim*.

colectivos se centra hoy en mayor grado en las posibilidades de *utilización* de los mismos. En cierto modo, se ha producido un desplazamiento del problema de la propiedad hacia el problema del uso, consecuencia, por una parte, del cambio de mentalidad global en relación con el significado y valor de la noción de propiedad y, por otro lado, de la necesidad de aprovechar al máximo las posibilidades que ofrecen los bienes de carácter público o, si se prefiere, los bienes a los que todavía no ha contaminado la voraz apropiación individualista apoyada en la formulación decimonónica de los Códigos civiles europeos. La declaración del artículo 345 de nuestro vigente Código Civil explícita, por sí sola, esa formulación utilizando términos que no ofrecen ninguna duda. «Son bienes de propiedad privada—dice este precepto—, además de los patrimoniales del Estado, de la provincia y del municipio, *los pertenecientes a particulares*, individual o colectivamente», es decir, todos aquellos susceptibles de apropiación (art. 333) *que no sean de dominio público* (art. 338 y 340 del mismo Código).

La alternativa es, pues, evidente y, a mi juicio, claramente favorable para los bienes o cosas susceptibles de apropiación privada o particular, bien sea individual, bien colectivamente. En este último supuesto, queda perfectamente claro que la propiedad «colectiva» a la que se refiere el artículo 345 del Código Civil no es más que una forma convencional de previsión de supuestos lógicos de cotitularidad que excluyen, precisamente, a la generalidad de potenciales usuarios de la misma. Por qué esto es así y no de otra manera, es cuestión que ha preocupado muy relativamente a la ciencia jurídica contemporánea. Los juristas se han habituado, con mejor o peor actitud, a manejarse dentro de estos esquemas, hasta tal punto que incluso los partidarios decididos de fórmulas opuestas en la alternativa tradicional de la propiedad, evidencian una casi absoluta dependencia de los moldes jurídicos que han venido conformando a la propiedad privatista, tal vez porque resulta muy difícil hallar nociones y contenidos nuevos que reemplacen a los clásicos conceptos romanistas y germánicos sobre la misma. La noción de propiedad o dominio es, en efecto, una de las construcciones jurídicas más apuradas conceptualmente en la historia del Derecho (3), y quizá por ello se ha puesto el acento

(3) Pese a —y quizá por ello— ser una de las más discutidas y polémicas de todos los tiempos. Valga aquí una remisión genérica a CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, vol. I, 10.ª edición. Madrid, 1964, pp. 80 y ss. Véase asimismo la voz «Dominio» de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo VII, Barcelona, 1955, cuyo autor es Federico PUIG PEÑA.

recientemente mucho más en su *función* —elemento teleológico— y en sus *límites* —aspecto formal—, que en el estudio y análisis de su propia sustantividad. Tras los conocidos intentos recientes de *redefinir la propiedad* (4) se encierra en realidad una impresionante incapacidad para conseguirlo (5).

Pues bien, el trabajo que va a ocuparme a continuación es bastante más modesto, aunque su intencionalidad se inscribe dentro de una pretendida inclinación por las fórmulas de patrimonialización pública o colectiva—en el genuino y no siempre bien utilizado sentido del término—, o, por decirlo con otras palabras, dentro de mi más firme convicción por el futuro de las alternativas públicas de la propiedad y el consiguiente rechazo de la prevalencia notoria de las privatistas. En términos más específicos, la investigación que va a llevarse a cabo, con todas sus inevitables limitaciones, tratará de aportar alguna luz sobre un problema muy concreto relacionado con la defensa de los patrimonios públicos, en este caso amenazada precisamente por la subsistencia de viejos residuos del individualismo. Por supuesto, esta advertencia inicial no es más que el reconocimiento severo de la aceptación de los puntos de partida, que justamente estábamos de rechazar con la exposición que precede. Quede constancia, sin embargo, de que para el jurista no es tarea sencilla la de innovar radicalmente instituciones y sistemas de fuerte arraigo. Utilizando una expresión clásica, diría que resulta más sencillo verter vino nuevo en odres viejos que lo contrario, y ello porque la labor creadora e innovadora de carácter sustantivo pertenece, en mi opinión, a otros campos de la investigación científica. Ahora bien, ello no significa una actitud de renuncia respecto de la necesidad de recomponer profundamente instituciones y construcciones de carácter jurídico surgidas en y para contextos diferentes. Ocurre, sin embargo, que alguna de dichas instituciones y alguna de esas construcciones no han agotado todavía su inmenso potencial para responder a las exigencias de nuestro tiempo.

(4) Es precisamente el título de un libro de Jean-Paul GILLI al que posteriormente dedicaré alguna atención.

(5) La bibliografía sobre estos temas alcanza en la actualidad cotas muy estimables. Por lo que nos interesa a nosotros en este trabajo, y de acuerdo con el esquema introductorio ahora utilizado, conviene aludir al reciente V Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Marbella (Málaga) en mayo de 1975, con el tema central de la *vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*. Un resumen del Congreso puede verse en mi «Crónica» del mismo, publicada en el número 78 de esta REVISTA (1975), páginas 387 y ss. Más adelante volveré sobre este punto concreto.

En este sentido, el tema del *dominio* público, aun contenido en sus defectuosos planteamientos legales—el supuesto de las reglas del Código Civil, al respecto, es bien ilustrativo—y con sus notadas diferencias, ofrece tremendas posibilidades de cara a un replanteamiento total del sistema de la propiedad patrimonial. Algún autor ha pronosticado, entre nosotros, que los días de la teoría del dominio público están contados (6), aunque esa predicción—dice NIETO—cause en algunos cierto escándalo. Pero el mismo autor se cuida de advertir que al llevar a cabo el pronóstico tiene presente la defectuosa y confusa adaptación, cada día más agravada, que introdujo nuestro Código Civil al importar la categoría lógica del Derecho francés. Ahí, quizá, se encuentra la clave de la cuestión. Encajada dicha teoría demanial dentro de los moldes de una concepción individualista del derecho de propiedad y, además, según he dicho, como alternativa residual respecto de ésta, no es difícil suponer que su vivencia y posibilidades dependería del mayor o menor arraigo y protección que la concepción individualista de la propiedad tuviera en el futuro.

El supuesto español, como, en general, todos los Ordenamientos occidentales, ejemplifica perfectamente esa dependencia. Fuera del contexto del Código Civil, sólo algunas normas dispersas y a menudo protocolarias se refieren a los *bienes de dominio público*. Se reconce, en líneas generales, la categoría e incluso en dominios específicos—aguas, minas, etc.— existen regulaciones bastante completas. La residualidad, empero, de la categoría demanial es evidente a partir de los planteamientos del Código Civil español. Los bienes de dominio público se conceptúan *teleológicamente*, esto es, por razón de *su destino* al uso o al servicio de la colectividad. En apariencia, la residualidad es a la inversa, o, dicho de otro modo, se consideran *bienes de propiedad privada* «todos los demás» que no se hallen destinados al uso de la colectividad—uso público, según la terminología propia del Código Civil y demás textos legales aplicables—e incluso los del Estado (no, por tanto, los de Municipios y provincias) que se hallen afectos al servicio público o al fomento de la riqueza nacional. Pero sólo en apariencia, según mi criterio, porque la conceptuación teleológica o finalista carece de sustantividad propia y de recursos aptos para configurar un derecho de propiedad colectiva o pública que oscurezca y elimine, en su caso, la indiscutible prevalencia del sistema de propiedad

(6) Alejandro NIETO: *Bienes comunales*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 3.

individual o privada. Tal vez por esta razón, en la que posteriormente habré de detenerme, los intentos doctrinales del presente discurren por la configuración del dominio público, así, en general, como una propiedad del Estado u otros entes públicos. Coyunturalmente, ésta puede ser una fórmula eficaz de defender la categoría y evitar su desaparición física a consecuencia de los atentados jurídicos o usurpaciones legales que soporta. En cualquier caso, y dejando para más adelante otras precisiones, vuelvo a insistir en que la *residualidad* con que se contempla el dominio público en los textos normativos es evidente. El mismo planteamiento de la vigente Ley del Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto de 15 de abril de 1964, confirma sobradamente la aludida *residualidad*. Salvo que una ley diga expresamente lo contrario, además del curioso supuesto de los edificios que alojan órganos del Estado, los bienes no afectos al uso o al servicio públicos son de propiedad *privada* del Estado, siempre que, naturalmente, dichos bienes le pertenezcan y, por consiguiente, no pertenezcan a los particulares.

Pues bien, no es éste —el de su residualidad respecto del derecho de propiedad— el único problema, aun cuando de él derivan, a mi juicio, todos los demás. Tratando de sintetizar en lo posible la muy variada problemática que aqueja a esta peculiarísima categoría jurídica —*el dominio público*—, conviene poner de manifiesto, entre otros, los siguientes problemas:

A) La principal deficiencia que observamos en relación con el llamado dominio público deriva de las pretensiones de *generalidad* que rodean esa institución. En el supuesto de que lo sea, esto es, partiendo de la noción clásica de institución jurídica (7), la institución demanial posee por su propia esencia dicha generalidad, como cualquier otra institución o figura jurídicas. Ahora bien, en el caso del dominio público esa generalidad es totalmente perturbadora, puesto que en dicha noción se pretenden abarcar tipos de bienes materiales muy diferentes, no sólo en su estructura física y esencia propia, sino incluso en la *utilitas* natural o artificial de los mismos. Los más clásicos textos normativos y, desde luego, los vigentes inciden flagrantemente en el error de generalizar la noción. Error que, a mi juicio, sufren los autores al tratar de justificar esa inconveniente globalización norma-

(7) Por todos, ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho civil. Parte general*, 15.ª ed., trad. española. Barcelona, 1959-1960; vol. 1.º del tomo I, pp. 286 y siguientes.

tiva por muy distintos medios. Las pretendidas diferencias entre la afectación al uso o al servicio, la noción doctrinal de la «escuela de la demanialidad», la distinción entre el llamado dominio público natural y el artificial, el dominio público inmobiliario y mobiliario, etcétera, son fórmulas que facilitan, didácticamente la comprensión del fenómeno demanial, pero totalmente inservibles para analizar rigurosamente a aquél. Con razón se ha podido criticar irónicamente que un modesto tintero de un Ayuntamiento se incluya dentro de los bienes demaniales (8), lo que, por otra parte, está de acuerdo con la fórmula generalizadora de nuestro Derecho positivo. La confusión es de tal grado que, ante los postulados normativos del Derecho español, no parece extrañar la posibilidad de existencia de *playas* de propiedad privada (9).

En suma, la *generalidad* de la institución demanial perjudica ostensiblemente a la noción desde la perspectiva jurídica, sin que a estos efectos puedan paliarse las dificultades predicando el carácter meramente *ejemplificativo* de las enumeraciones que contienen los textos normativos vigentes. «La enumeración de bienes de dominio público —dice GARRIDO— que se contienen en los dos apartados del artículo 339 del Código Civil es ejemplificativa, como se desprende, sin género de dudas, de la redacción literal de dicho precepto» (10). Una prueba, en

(8) Según recuerda GARRIDO FALLA, citando a DE LAUBADÈRE. Vid. F. GARRIDO: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 5.ª ed., Madrid, 1975, p. 47.

(9) En este punto, vale la pena recordar aquí los tonos polémicos que la doctrina ha adoptado respecto de la posibilidad de existencia de propiedades privadas en la zona marítimo-terrestre, tradicionalmente considerada como perteneciente al dominio público e incluso confirmada así por la vigente Ley de Costas de 1969. Una síntesis de la cuestión puede verse en J. LEGUINA: «Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar», en el núm. 65 de esta REVISTA (1971), pp. 59-98. Sin perjuicio de volver sobre este tema en el curso de la investigación, vale la pena advertir que la tesis de este autor es realmente original, saliendo al paso de la constatación fáctica de propiedades privadas en la zona marítimo-terrestre a través de una especie de *afectación general al uso público* en aquellos supuestos. Sin convencer demasiado, esta tesis ha sido contestada por M. CONDE: «El pretendido uso público de las playas y zona marítimo-terrestre de propiedad particular», en esta misma REVISTA núm. 73 (1974), páginas 429-453.

(10) F. GARRIDO: *Tratado...*, cit., p. 470. Y añade este autor, por nota: «Lo mismo puede decirse respecto al Derecho local: artículos 183 a 185, 281 y 282 de la Ley de Régimen Local, y artículos 2, 3 y 4 del Reglamento de Bienes de las entidades locales de 27 de mayo de 1955.» Por lo demás, el carácter ejemplificativo de las enumeraciones jurídico-positivas está reconocido en toda la doctrina. El propio GARRIDO, sin embargo, hace notar que algún sector doctrinal foráneo se muestra partidario de restringir al Derecho positivo la facultad de fijar las categorías de bienes integrantes del dominio público (así, por ejemplo, ZANOBINI), lo que no deja de causar cierto asombro, salvo que al pensar de esta manera se trate de configurar una categoría intermedia entre la noción clásica de dominio público

definitiva, de la perniciosa fórmula de configuración *negativista* del dominio público respecto de la propiedad privada, tal y como se viene sosteniendo.

B) Otra ostensible deficiencia que problematiza las posibilidades de supervivencia de la categoría demanial, es, según se ha dicho repetidas veces, la de la *inconcreción de su contenido*. Hago notar, sin embargo, que la inconcreción del contenido jurídico del dominio público participa de la misma inconcreción del derecho de propiedad, aun cuando éste se haya perfilado mucho más por razones muy comprensibles. La propiedad, tanto en sus definiciones tradicionales cuanto en la conceptualización jurídico-positiva de nuestro Código Civil, aparece como noción abstracta negativamente considerada. «La propiedad —dice el artículo 346 de nuestro Código— es el derecho de gozar y disponer de una cosa, *sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*.» No se trata, por tanto, de una configuración positiva, sino a la inversa, en línea con las concepciones clásicas que contemplan al derecho de propiedad como un «dominio y señorío del hombre sobre las cosas» o como un «derecho de usar, gozar y abusar de las cosas».

Esta inconcreción de la propiedad se debe, fundamentalmente, a los polémicos fundamentos del mismo, ampliamente discutidos por las doctrinas de todas las épocas. Pero no podemos ocuparnos aquí de tan trascendental cuestión, sino solamente poner de relieve que no es extraña la inconcreción jurídica de la categoría demanial, si se tiene en cuenta que igual ocurre en *el derecho* que le sirve de modelo.

De ahí que los autores hayan intentado caracterizar al dominio público a través de una serie de notas o elementos típicos, todos ellos enunciados negativamente. Se dice, así, que los bienes de dominio público son inalienables, imprescriptibles, inembargables, insusceptibles de tributación, etc., partiendo de la nota o elemento común de su *incomerciabilidad*. Esta aparece enunciada por la doctrina con una importante matización, puesto que, como dice GARRIDO, «los bienes del dominio público, *mientras lo sean, están fuera del comercio jurídico-privado*» (11). La matización —insisto— es muy importante, aun cuan-

y la de propiedad privada. Volveremos después sobre esta interesante cuestión, aunque puedo adelantar que con ello no se pretende incurrir en la tendencia de construir una nueva categoría de *bienes cuasi públicos*, como parece desprenderse de la curiosa sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1972 (*Aranzadi*, 3123), que más tarde analizaré.

(11) GARRIDO FALLA: *Op. cit.*, p. 497. El subrayado es del autor.

do resulta hoy plenamente desbordada por la realidad y de ello nos haremos eco posteriormente. La in comerciabilidad, en efecto, se refiere al tráfico jurídico-privado o, dicho de otra forma, al desarrollado *inter privados*, en cuanto que precisamente existen figuras y modos jurídicos clásicos para comerciar con los bienes integrantes del demanio, como, por ejemplo, la llamada concesión de dominio público (12).

Pues bien, decía que todas estas notas o elementos caracterizadores pretenden constituir *el régimen jurídico* del demanio público, sin perjuicio de que, como advierte autorizada doctrina, no todas esas notas o elementos poseen carácter esencial o exclusivo. Es bien sabido que algún precepto de nuestro Derecho positivo, recogiendo esas tendencias universales, constata que los bienes de dominio público son inalienables, imprescriptibles, inembargables y no están sujetos a tributación del Estado, *mientras conserven este carácter*, o, lo que es igual, en tanto dure su condición de tales. Ello viene a mostrar que lo dispuesto en el artículo 188 del texto articulado y refundido de la Ley de Régimen Local, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, no es más que *un régimen jurídico de provisionalidad*, elemento que nos obliga también a un breve comentario.

C) El régimen jurídico de *provisionalidad* al que aludo a continuación constituye, en mi criterio, otra de las cualidades negativas y perturbadoras que configuran —mejor habría que decir: desfigurán— al dominio público. Puede pensarse, sin demasiados riesgos, que semejante provisionalidad en los contenidos jurídicos de esta institución

(12) Entre otras muchas muestras del indiscutible carácter *comercial* de la concesión de dominio público, la jurisprudencia ha concretado lo siguiente:

«Que si bien las concesiones en general, y dentro de ellas las referentes al dominio público, ofrecen una cierta estructura contractual como consecuencia de su contenido sinalagmático, donde se insertan deberes y derechos recíprocos de concedente y concesionario, según parece sugerir el artículo 64 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales al establecer en esta materia la supletoriedad de las normas sobre contratación, resulta no obstante evidente—ante todo— que se trata de actos administrativos unilaterales necesitados para su perfeccionamiento de la aceptación posterior del destinatario, circunstancia común a muchos otros (nombramientos, etc.) y —además— que constituyen una categoría negocial individualizada en nuestro ordenamiento jurídico, con un arraigo ya centenario, perfectamente delimitada respecto de otra también dotada de idéntica solera —el contrato administrativo—, coincidentes aquélla y éste en muchos aspectos sin que tales semejanzas impliquen identidad o confusión, pues ambas instituciones aparecen sometidas a un régimen jurídico diferenciado en todas sus fases, desde el procedimiento de elaboración hasta los supuestos extintivos...»

El párrafo pertenece a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972 (Aranzadi, 1562), y, si bien se pronuncia en torno a una cuestión polémica muy distinta, vale la pena señalar que de ese pronunciamiento se desprende la posibilidad negocial —y, por ende, *comercial*— del dominio público.

deriva obviamente de un doble tipo de cuestiones: por un lado, la indiscutible posibilidad de transformación que ofrece cualquier bien físico, sin excluir, por tanto, a los considerados como de dominio público; por otra parte, dicha provisionalidad en el régimen jurídico deriva, asimismo, de la existencia del *demanio por afectación*, fórmula que la doctrina utiliza como criterio necesario y suficiente para determinar al dominio público.

Conviene advertir ahora, siquiera sea muy sumariamente, que la necesidad y suficiencia de la nota de afectación ha sido objeto de polémica doctrinal y que, por eso mismo, ha de ser objeto de serias cautelas en cualquier pronunciamiento. GARCÍA-TREVIJANO Fos, por ejemplo, considera bastante la nota de la *afectación* para la determinación de los bienes integrantes del dominio público (13), en tanto que para GARRIDO FALLA, entre otros, «la afectación es criterio *necesario* pero *no suficiente*» (14). Para ARIÑO ORTIZ, que ha insistido recientemente sobre esta cuestión, tampoco la afectación es nota bastante en orden a la caracterización de un bien como perteneciente al dominio público (15), por cuanto que éste en ningún caso se admite para bienes en manos privadas.

Interesa ahora constatar, sobre todo, dejando al margen esta polémica que sólo muestra aspectos parciales del tema que nos ocupa, que la nota de afectación tampoco es en ningún caso definitiva, sino producto de una coyuntura específica que tiene su origen en muy variadas causas. Ni siquiera la *divinización* o *sacralización* —*deputatio ad cultum*, en la terminología romana— de las cosas afectadas a un destino colectivo en el Imperio Romano produjo esa pretendida congelación de los bienes consagrados, tal vez a causa de la propia artificialidad de la fórmula. MURGA GENER describe de esta manera la que

(13) J. A. GARCÍA-TREVIJANO Fos: *Titularidad y afectación demanial en el Ordenamiento jurídico español*, en el número 29 de esta REVISTA (1959), pp. 11-57. Publicado también en el volumen colectivo de homenaje a ZANOBINI, *Studio in memoria di Guido Zanobini*, cinco vols., Milán, 1965. En concreto, vol. I, páginas 475-524.

(14) GARRIDO: *Tratado...*, cit., II, pp. 486 y concordantes.

(15) Gaspar ARIÑO ORTIZ: *La afectación de bienes al servicio público*, ENAP, Madrid, 1971. La tesis de ARIÑO, apoyada en la que denomina «gloriosa tradición romano-canónica», incide indirectamente en la cuestión que abordamos en el texto. Utilizando las recientes investigaciones del profesor MURGA en torno a *la extracomercialidad de los bienes afectados a un destino colectivo en el bajo Imperio Romano* —es el título de uno de sus trabajos que ahora nos interesa—, ARIÑO ORTIZ contempla la afectación como una manifestación importante de la escala de intervenciones administrativas, que sólo tiene como fin conseguir la *funcionalidad* de ciertos patrimonios y no sólo la protección de su titularidad.

yo he llamado provisionalidad del régimen jurídico de la in comerciabilidad del demanio:

«Ya vimos cómo el Poder político, tal como adivinamos tras las normas muchas veces angustiadas del *Codex Theodosianus*, dejó a la iniciativa privada hacer y deshacer en la organización de unos servicios realmente apremiantes e imprescindibles. Puesta en marcha la "fuga de capitales" hacia la beneficencia cristiana, el ordenamiento jurídico trató como pudo de proteger al menos esos bienes haciéndoles inalienables por el intrincado y arriesgado camino de la sacralización. Ahora bien, esta solución de la jurisprudencia tardía pecaba, sin duda, de demasiado eficaz. Los patrimonios privados destinados a esos fines colectivos se lograban salvar, pero, al hacerlos sagrados, se congelaban de tal modo que ni siquiera la propia Iglesia podía ya —al menos teóricamente— venderlos o permutarlos por otros más eficaces o rentables. La enajenación era absolutamente impensable e imposible, ya que las *res divini iuris*, según la más pura concepción jurídica, están "separadas" de los hombres *remotae ac suppositae*. La venta sería nula y el negocio inoperante.

Bien se ve, por ello, que una protección tan tremenda iba a resultar perjudicial, incluso para aquellos a quienes pretendía defender, puesto que la creación de patrimonios muertos es siempre una solución económicamente poco clara. No iba a ser fácil salir de este callejón sin salida. La extracomercialidad resultante era tan excesiva que dejaba a los administradores y *curatores* con un patrimonio divinamente petrificado, sin poder liquidarlo ni casi utilizarlo en muchos casos. Fueron, por ello, los propios pastores de la Iglesia oficial quienes tomarán la iniciativa, enajenando regalos costosos y ricos para dedicar su importe a necesidades más ingentes y graves como la *redemptio ab hostibus*. La *redemptio* fue la primera grieta en la monolítica prohibición de vender...» (16).

(16) José Luis MURGA GENE: «La extracomercialidad de los bienes afectados a un destino colectivo en el bajo Imperio Romano», separata del libro *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, ENAP, Madrid, 1972.

Cierto que las anteriores manifestaciones se refieren, no a las antiguas *res divini iuris*, y desde luego tampoco a las *res communes omnium*, verdaderos complejos patrimoniales integrantes del demanio, en su versión menos artificial, sino a *bienes privados* que se afectaban a un destino público. Pero como muestra de la endeble cualidad de la *afectación demanial*, en línea con la crítica que se viene exponiendo, vale perfectamente e incluso ilustra con mucha claridad del enfoque puramente coyuntural que se daba a este tipo de *patrimonios afectados a un destino público*.

Una extensión inoportuna y desde luego injustificada de la noción de *res communes* —y por ende de sus notas jurídicas cualificadoras— a todo tipo de patrimonios públicos provocaría esa provisionalidad del régimen jurídico que vengo denunciando. Así, por ejemplo, la aplicación muy poco rigurosa y desde luego meramente terminológica que los textos normativos decimonónicos llevarán a cabo con la noción de dominio público —entendida al modo clásico— a cualesquiera patrimonios afectados a un uso o a un servicio público. Los ferrocarriles constituyen muy pronto la piedra de toque de la utilidad del concepto de demanio, en cuanto que, apenas formuladas las reglas básicas de aquéllos, se pretenderá *demanializar* patrimonios *gestionados y administrados* por particulares. En otra ocasión, y al analizar la historia jurídica del ferrocarril, me refería con detalle a esta problemática. Como quiera que, en esta introducción general, trato de poner de relieve las deformidades del concepto extenso de dominio público, así como, en concreto, alguna de las causas determinantes de la precaria situación material y jurídica en que éste se encuentra, no estará de más recordar algunos de los problemas más descollantes que planteaba, en el demanio ferroviario, el uso indiscriminado de dicha noción (17).

Por de pronto, la cuestión trascendental que en relación con dicha temática se planteaba venía a centrarse respecto de la muy dudosa atribución del carácter de dominio público a las líneas de ferrocarriles de servicio general. El artículo 3.º de la Ley de 3 de junio de 1855, tal vez el primer texto jurídico-positivo que mencionaba *expressis verbis* al dominio público, estableció que «todas las líneas de ferrocarriles destinadas al servicio general son del dominio público». La declaración suponía, en términos generales, una rápida asimila-

(17) Véase, en general, con mucho más detalle, mi libro *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*. *Estudio específico de Rente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, muy especialmente pp. 48 a 70.

ción del ya clásico concepto de *res communes*. Nada autoriza a poner en duda semejante cuestión porque, si bien es cierto que otras normas de mayor antigüedad aludían separadamente al concepto de *res communes omnium* y al de bienes del Reino o de la Corona (18), también lo es —y la comprobación es sencilla acudiendo a textos clásicos— que la división entre las cosas se extendía hasta límites insospechados, luego no recogidos por los textos decimonónicos. Paradigmática, al efecto, es la ley II, del título XXVIII de la Partida tercera, que dice lo siguiente:

«Departimiento ha muy grande entre las cosas deste mundo. Ca tales y ha dellas que pertenecen a las aves e a las bestias e a todas las otras criaturas que biven, para poder usar dellas tambien como a los omes; e ha otras que pertenecen tan solamente a todos los omes; e otras son que pertenescen apartadamente al comun de alguna cibdad, o villa, o castillo, o de otro lugar qualquier do omes moren; e otras y ha que pertenescen señaladamente a cada un ome, para poder ganar, o perder el señorío dellas, e otras son que non pertenescen a señorío de ningund ome, ni son contadas en sus bienes, assi como mostramos adelante» (19).

A continuación se llevaban a cabo *ejemplificaciones* de cada uno de estos tipos de bienes, siendo de destacar ahora muy incidentalmente que entre los dos primeros tipos no se hace diferenciación explícita que permita observar las notas o elementos aplicables a «las cosas que pertenescen a todas las criaturas» y «las que pertenescen tan solamente a todos los omes» (20). Sin embargo, la asimilación comple-

(18) En relación con este tema me remito a CLAVERO ARÉVALO: *La inalienabilidad del dominio público*, en el número 25 de esta REVISTA (1958), pp. 11 a 85. Publicado también, separadamente, en el Instituto García Oviedo, Sevilla, 1958. Hago constar que las tesis de este autor son en más de un punto discutibles, según trataré de poner de relieve posteriormente.

(19) La referencia está tomada de los *Códigos antiguos de España*, recopilados por MARTÍNEZ ALCUBILLA, 2 vols., Madrid, 1885, vol. I, p. 463. En relación con los bienes del rey y del Reino existen referencias dispersas en las *Partidas*. Véase, por ejemplo, los títulos XVII y XVIII de la Partida segunda. Véase también, respecto de las cosas sagradas, las leyes XII y XIII del título XXVIII de la Partida tercera.

(20) Algunos indicios permitirán llevar a cabo esta distinción, puesto que la ley III del mismo título señala, entre las que pertenecen a todas las criaturas, «el aire, las aguas de la lluvia y la mar y su ribera», en tanto que las que pertenecen a todos los hombres comunalmente son «los ríos e los puertos e los caminos

ta de unos y otros aparece ya, como dijimos, muy artificialmente en el siglo XIX. Entre las primeras manifestaciones de dicha asimilación pueden señalarse unas Reales Ordenes de 17 de diciembre de 1860 y 31 de diciembre de 1862. Ambas normas, deudoras de la noción de *res communes omnium*, establecen que «son del dominio público ... las cosas que están destinadas a la utilidad general de los habitantes de la nación, sin que nadie en particular pueda alegar derecho propio, como, por ejemplo, las carreteras, los ríos, las riberas, los puertos, etcétera; que no se hallan en este caso ni los bienes del Estado, ni los del clero, ni los de las provincias, pueblos y demás corporaciones públicas civiles por cuanto reconocen un señor directo, y sus productos en venta o renta se hallan incluidos en los presupuestos ordinarios o extraordinarios con aplicación a cubrir las obligaciones y servicios de aquéllos...» (21).

Pues bien, la fórmula del *dominio público* venía a cubrir ya tipos de propiedades muy diferentes en la sustancia y finalidad respecto de los patrimonios o cosas originalmente concebidas como pertenecientes a la colectividad. No es difícil suponer que la atribución formularia, desprovista del apoyo jurídico necesario para hacerla operativa y eficaz, tenía una clara misión proteccionista de patrimonios de interés para el desarrollo económico de la nación. Vuelvo a insistir en el paradigmático supuesto del ferrocarril, donde la aplicación del clásico criterio de la *demanialidad* (22) fue totalmente coyuntural. Decía yo en otro lugar:

«Es problemática la averiguación de la verdadera naturaleza de dichos bienes infraestructurales, aunque pa-

públicos», según la ley VI del mismo título. Precisamente aquí puede dudarse de la titularidad de la Corona—según afirma CLAVERO—sobre estos bienes, puesto que en otros lugares (por ejemplo, *Novissima Recopilación*, aludiendo a textos mucho más antiguos, al referirse a las minas de oro y plata y otros minerales—véase el título XVIIf del libro IX—) si se afirma con rotundidad el dominio de la Corona (por supuesto, con independencia del privativo del rey).

(21) Las Reales Ordenes citadas en el texto aparecen recogidas en el *Diccionario Alcubilla*, 2.^a edición, Madrid, 1868, pp. 975 y 990 respectivamente.

(22) Obvio es advertir que la noción de *demanio* no es clásica en el nivel terminológico, pues ésta aparece, según indican los tratadistas, en el siglo XIX, pero la alusión del texto se refiere al significado sustantivo de la misma.

Para esta cuestión véase Sabino ALVAREZ GENDÍN: *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Ed. Bosch, Barcelona, 1950, especialmente pp. 7 y ss. Y, más concretamente, sobre el origen terminológico de la expresión, Robert PELLOUX: *Le problème du domaine public*, Paris, 1932, pp. 51 y ss.

Vid. también S. ALVAREZ GENDÍN: «Concepto histórico del dominio público en la legislación y la doctrina», en el vol. *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, IEA, Madrid, 1974, pp. 1-24.

rece más adecuado sostener que aquel dogma clásico y coyuntural del dominio público de las vías férreas encubría, en realidad, una privatización de los bienes afectos a las concesiones a los que por razones políticas fueron aplicadas alguna de las reglas concernientes al régimen general de los bienes de uso público» (23).

Estas mismas afirmaciones podrían hacerse respecto de otros tipos patrimoniales. La finalidad de esta parte introductoria y, en concreto, del apartado que nos ocupa, impide mayores demostraciones. Basta con insistir en este momento en la *provisionalidad* del régimen demanial, vista desde esta perspectiva. No es, por tanto, o no se pretende decir con ello, que la auténtica y original construcción del dominio público, así como el régimen jurídico de sus contenidos, esté dotada de la provisionalidad u ocasionalidad, sino solamente que dicho régimen jurídico se aplicará provisional u ocasionalmente a patrimonios o propiedades sustancialmente alejadas de la conceptualización real del demanio. Y ello, en mi opinión, también contribuye decisivamente a la depauperación del concepto, como el resto de los aspectos antes examinados.

Finalmente, y en lo que se refiere a la *transformabilidad* de los bienes demaniales—a la que también aludí en un principio—, vale decir que tal aspecto es propio de cualesquiera bienes materiales, naturales o artificiales, y que, por supuesto, ello no afecta a la noción en ningún sentido negativo. Hay bienes perecederos, por esencia, que cumplen, sin embargo, perfectamente los fines de utilización y aprovechamiento público mientras se conservan y duran. Pero no por una conservación o duración meramente artificial o de carácter jurídico-formal, sino por su propia existencia natural, aunque sea de carácter temporal. No hace falta ilustrar con ejemplos esta conclusión, que es, por otra parte, totalmente lógica cuando se refiere a los bienes alterables por el flujo de la naturaleza.

2. Generalidad, inconcreción de su contenido y provisionalidad son, pues, factores que han contribuido a la situación actual de la noción de dominio público. Entendida cada una de ellas según los cri-

(23) Vid. mi libro *Régimen jurídico del ferrocarril*, cit., p. 57. Posteriormente, en pp. 58 y ss., trato de demostrar la falibilidad de la aplicación de la noción de dominio público, naturalmente construida para otros fines, a unos patrimonios tan alejados sustantivamente de aquella noción.

terios utilizados en las páginas que anteceden, no vale la pena apuntar nuevos argumentos que apoyen la deficiente situación jurídica de la categoría demanial. Conviene, no obstante, aludir, para finalizar, a dos nuevas facetas, éstas menos teóricas y, desde luego, de mayores posibilidades prácticas para corregir aquellas deficiencias. Por un lado, el planteamiento jurídico-positivo respecto de la noción de dominio público, prácticamente inexistente. Por otro lado, la confusa y poco práctica distinción que el Ordenamiento vigente ofrece en relación con el dominio público y el patrimonio «privado» de los Entes públicos. A una y otra nos vamos a referir a continuación.

A) El Ordenamiento jurídico-positivo español que se refiere a la noción de dominio público no permite, según criterio bastante generalizado (24), llevar a cabo afirmaciones rotundas sobre la condición jurídica de los bienes integrantes de aquella noción. Las referencias del Código Civil calcado, en este punto como en su mayor parte, de su homónimo francés, son de escaso valor porque parten de un elemento subjetivo, aun cuando recojan el elemento finalista o de destinación de los mismos. El enunciado del capítulo III del título 1.º del Libro II no deja lugar a dudas. Al clasificar los bienes «según las personas a que pertenecen», acepta para los demaniales un criterio de titularidad subjetiva con el que luego no es consecuente ni siquiera el propio Código Civil. Este viene, por otra parte, a romper los esquemas clásicos según ha puesto de relieve la doctrina en abundantes ocasiones.

Lo propio ocurre con otros textos legales, no menos inconsecuentes que el Código Civil. No podemos detenernos ahora en estas cuestiones, suficientemente analizadas por los autores que se han ocupado del tema del dominio público. Sólo quiero insistir ahora, a efectos de la investigación concreta que se llevará a cabo, en que la adopción de este criterio subjetivista, de un lado, ha causado serios daños a la noción del dominio público, afectando muy negativamente a sus posibilidades de supervivencia, y, de otra parte, ha sido totalmente inconsecuente con las posibilidades operativas que el criterio subjetivista podía ofrecer. De ambos aspectos voy a ocuparme detenidamente luego, pero vale la pena realizar una breve panorámica de los elementos más negativos originados a causa de ello.

(24) Cfr., por ejemplo, M. BALLBÉ: «Dominio público», en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix, Barcelona, tomo VII, 1955, pp. 772 y ss.

No se descubre nada nuevo —insisto en el carácter puramente repetitorio de esta exposición— si se afirma que el criterio subjetivista o de la *titularidad* de Entes públicos sobre ciertos patrimonios y bienes obliga necesariamente a tener en cuenta la diversidad de estos Entes en el panorama ordinamental español. Ya en los planteamientos clásicos se tiene en cuenta dicha diversidad, aun estando muy lejanas las personificaciones del nuevo régimen —y muy especialmente las construidas a partir de la influencia de la doctrina ius-publicista alemana del XIX (25)—, al configurar las teorías sobre el dominio de las cosas. Las Partidas, según hemos observado antes, distinguen claramente los tipos de dominio sobre las cosas:

«... e ha otras que pertenescen tan solamente a todos los omes; e otras que pertenescen apartadamente al comun de alguna cibdad, o villa o castillo, o de otro lugar qualquier do omes moren...» (Ley II, título XXVIII, Partida 3.^a).

Además, la Ley IX del mismo título y Partida señala, *separadamente*, «quales son las cosas propriamente del comun de cada cibdad o villa de que cada uno puede usar»:

«Apartadamente son del comun de cada una cibdad o villa, las fuentes e las plaças o fazen las ferias e los mercados e los lugares o se ayuntan a concejo e los arenales que son en las riberas de los rios, e los otros exidos e las carreras o corren los caballos, e los montes e las

(25) Es básica en esta cuestión la famosa recensión que ALBRECHT hizo al libro de R. MAURENBRECHER, *Grundsätzen des heutigen deutschen Staatsrecht*, Frankfurt, 1837 (reedición de la *Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt, 1962). Reiteradamente citada y analizada, la frase clave de ALBRECHT («nos vamos a ver obligados a considerar al Estado como una persona jurídica») constituye algo así como el fundamento del Derecho público contemporáneo. El Derecho se ha considerado permanentemente, a lo largo de la historia, como un regulador de relaciones (relaciones, sí, jurídicas —lo que podría representar un círculo vicioso—, pero no se olvide que sólo son de esta especie en cuanto que el Derecho los contempla y da o trata de dar solución a sus problemas), pero relaciones interpersonales. Incluso los llamados *derechos reales* observan una relación jurídica entre *persona* determinada y otras personas jurídicas indeterminadas. De ahí que ALBRECHT —y posteriormente toda la escuela iuspublicista alemana, prácticamente sin excepciones— concibiera al Estado como una persona jurídica. Las tremendas posibilidades de esta concepción no fueron entonces perfectamente vistas, pero en la actualidad se reconoce unánimemente el valor y la funcionalidad de esas teorías en los ámbitos del Derecho constitucional, político, administrativo e internacional, sin excluir, por supuesto, las disciplinas del bloque de Derecho privado.

dehesas, e todos los otros lugares semejantes destos que son establecidos e otorgados para pro comunal de cada cibdad o villa o castillo o otro lugar. Ca todo home que fuere y morador puede usar de todas estas cosas sobre-dichas, e son comunales a todos también a los pobres como a los ricos. Mas los que fuessen moradores en otro lugar, non pueden usar dellas contra voluntad o defendimiento de los que morassen y.»

Es decir, se distingue entre bienes o cosas de todos los hombres comunalmente y de las que son de los habitantes de una ciudad o villa. Aparte, naturalmente, de las cosas que son del Reino (26) en una suerte de titularidad jurídica bastante confusa y cuyos reflejos perviven todavía en el planteamiento actual (27).

Después de las formulaciones jurídicas que arrancan de la caída del antiguo régimen, las soluciones arbitradas en cuanto al dominio público acentúan la problemática de la titularidad, a despecho del elemento objetivo en la consideración de los bienes integrantes de dicha noción. Desechada la propiedad de la Corona, los nuevos textos normativos ponen el acento en el Estado o la Nación como titular de todos los antiguos bienes de aprovechamiento y utilización general. El problema que aparecerá inmediatamente será el de los patrimonios también utilizados por el común, pero de los habitantes de ciudades y villas.

En principio, parece bastante claro que los textos legales del nuevo régimen adjudican el dominio público a la Nación. Los autores franceses suelen encontrar en las primeras discusiones de la Asamblea Nacional (años 1789-90) el momento inicial de la configuración jurídica del demanio, e incluso, en difundida opinión de PELLOUX, suelen considerar las razones financieras como motivo principal de la atri-

(26) Esta pertenencia aparece muy claramente expuesta en la ley I del título XVIII de la Partida segunda. Tras enunciar la posibilidad —en el título XVII de la misma Partida— del dominio privativo del rey para su mantenimiento, se dice en aquélla: «... Mas como quien que mostramos de los heredamientos, desta manera, que son quitamente del Rey, queremos agora aqui decir de los otros que maguer son suyos, por señorío, pertenescen al Rey no de derecho. E estas son las villas, e los castillos e las otras fortalezas, de su tierra...» Por supuesto, aún es aquí evidente la confusión entre *imperium* y *dominium*, propia de la época medieval.

(27) Sobre este punto parece obligada la remisión a las certeras explicaciones de PELLOUX: *Le problème du domaine public*, cit., pp. 15 y ss. Véase también Jean François DENOYER: *L'exploitation du domaine public*, LGDJ, París, 1969, pp. 9 y ss.

bución de patrimonios a la Nación. «La question du domaine—dice PELLOUX—no paraît pas avoir beaucoup retenu l'Assemblée Nationale: dominée par des préoccupations financières, elle décida la mise en vente des domaines avant d'en avoir aboli l'inalienabilité» (28). Por su parte, DENOYER transcribe unos párrafos de las actas de la sesión de 8 de noviembre de 1790, bastante significativos al respecto:

«Toute nation a la souverain domaine de l'universalité du territoire qu'elle occupe. Ce domaine éminent... lui assure la propriété directe de toutes les portions de ce territoire qui, par leur nature ou leur destination, ne peuvent appartenir à personne en particulier, et de celles encore qui demeurent vacantes et sans maître. Les grands chemins, les fleuves, les rivages de la mer, etc., sont de la première classe; les biens vacants et les successions délaissées faute d'hoirs sont composés dans la seconde. L'effet naturel de la *propriété publique sur tous ces objets est d'attirer et de confondre en elle même la propriété privée...* La nation réunie par ses représentants a la *propriété pleine et entière du domaine public...* La nation dont le droit de propriété est plus parfait que celui des individus que la composent, peut, comme eux, disposer de son patrimoine et en appliquer le prix à ses besoins...» (29).

En definitiva, y con independencia ahora del análisis de las razones financieras, que, sin duda, empañan el perfilamiento correcto de la institución, aparece clara la titularidad de la Nación sobre el demanio. Contra las apreciaciones de algunos clásicos, como DOMAT y LOYSEAU, por ejemplo, se impondrá en los textos la propiedad de la Nación sobre la negación de propiedad alguna y consecuentemente el uso general e indiscriminado de todos los hombres sobre los bienes integrantes del dominio público. PELLOUX explica que «tous les textes que nous venons de citer affirment sans hésitation le principe de la propriété nationale», y que, «cette assurance est naturelle si l'on songe que l'Assemblée Nationale a proclamée le principe de la souveraineté nationale» (30).

(28) R. PELLOUX: *Le problème du domaine public*, cit., p. 53.

(29) Apud J. F. DENOYER: *L'exploitation du domaine public*, cit., pp. 14-15. El subrayado es del autor. Este planteamiento fue reproducido—según este autor y la doctrina francesa en general—en el *Code*, de cuyo análisis por parte de los publicistas del XIX se extraerá el planteamiento vigente y muy en especial la confusa dicotomía entre el dominio público y el patrimonio privado del Estado (y otros entes públicos menores), a las que después aludiré.

(30) R. PELLOUX: *Le problème du domaine public*, cit., pp. 59-60.

Para lo que ahora nos interesa, sin embargo, y antes de pasar al examen concreto de nuestros actuales planteamientos, conviene señalar que la introducción del dominio público de la nación ensombrece la posibilidad de cualquier otra *titularidad* distinta a ella. ¿Qué ocurre entonces con los bienes y patrimonios de las comunidades locales? ¿Quedan excluidos de la noción de dominio público?

En los comienzos no está nada clara esta cuestión, tal vez a causa de las tendencias centralizadoras impuestas por los doctrinarios de la Gran Revolución. Según advierte PELLOUX, PARDESSUS, uno de los primeros comentaristas del *Code*, contempló la posibilidad que, posteriormente, admitiría PROUDHON en sus conocidas aportaciones sobre el dominio público (31). Cualquiera que sea la opinión que sobre ello se mantenga, lo cierto es que los textos decimonónicos admitirán paulatinamente la existencia de titularidad pública de bienes por parte de las comunidades locales (32). En concreto, el Código Civil español distingue ya entre bienes de dominio público (del Estado)—artículo 339, 1.º— y (de las provincias y los pueblos) de uso público—artículos 343 y 344—, con lo que se establece la posibilidad, entonces apenas esbozada, de *titularidades distintas en bienes de idéntica naturaleza, estructura y finalidad*.

La doctrina admitirá pronto, tras algunas vacilaciones escasamente justificadas, la existencia de un dominio público estatal junto al dominio público municipal y provincial. Naturalmente, esta simple extensión de titularidades en relación con el dominio público estaba

(31) PELLOUX: *Op. cit.*, especialmente pp. 180 y ss.

(32) No obstante, este proceso, que puede decirse culmina con las disposiciones del Código Civil de 1889, no aparece nada claro. Las tremendas restricciones impuestas a las Corporaciones locales por parte del centralismo decimonónico tienen en este punto indudables reflejos. La jurisprudencia estuvo bastante reacia a admitir el dominio público municipal, por ejemplo, como lo demuestran abundantes sentencias que hicieron prevalecer el uso público de algunos bienes municipales para justificar así sus características de dominio público nacional y atribuir al Estado su titularidad y administración. En este sentido, y por todos, es bien ilustrativa la sentencia de 15 de enero de 1898, en la que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a un recurso entablado por el Ayuntamiento de Valencia contra ocupación, por parte de una compañía concesionaria de ferrocarriles, de ciertos terrenos y plazas de la ciudad. Invocaba el Ayuntamiento que el rey don Jaime había hecho donación a la ciudad de Valencia de sus muros, barbacas, valladar y plazas, y que tanto la posesión por el Ayuntamiento como el uso común de los vecinos legitimaban a éste para impedir la ocupación de la empresa concesionaria. El Tribunal Supremo entendió que esos bienes debían considerarse como de dominio público del Estado y de uso de todos, y, por ello, incluidos en los otorgables a las concesionarias de ferrocarriles según el artículo 20 de la Ley Ferroviaria de 1855.

La sentencia aparece transcrita, en parte, en el *Diccionario Alcubilla*, tomo II, 6.ª edición, Madrid, 1914, pp. 729-730.

perfectamente justificada a partir de las nuevas concepciones elaboradas en torno a la personalidad jurídica de los Entes públicos, tal y como recordaba más arriba.

Algunas reticencias doctrinales respecto a esta cuestión, como, por ejemplo, la del autor francés BERTHELEMY (33) recogiendo la vieja teoría de PROUDHON (34), demoraron de alguna manera la admisión generalizada del demanio municipal y provincial, junto a la tendencia centralizadora, acentuada desde el período napoleónico, que trató de evitar la consolidación de los Entes de carácter local. Pero los textos reguladores de las entidades territoriales distintas del Estado, primero veladamente (35) y luego expresamente recogerán la posibilidad del dominio público municipal y provincial. Este es el caso español, sin ninguna duda, como se demuestra por la simple observación de los textos normativos reguladores de las Entidades locales, y, muy especialmente, del texto articulado y refundido aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955. Según éste, en sus artículos 182 y concordantes, los bienes municipales son de dominio público y patrimoniales. Los primeros, a su vez, se clasifican en bienes de uso y bienes de servicio público, detallándose en el Reglamento de bienes de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, ejemplos abundantes de unos y otros. De igual forma se clasifican los bienes provinciales en los artículos 280 y siguientes de la Ley de Régimen Local.

Curiosamente, y dicho sea *de incidenter*, el retraso en la admisión legislativa del dominio público municipal y provincial se verá compensado con una más extensa y detallada regulación de las dependencias demaniales. Incluso se ha podido observar cómo a través de la más detallada regulación *local*, el dominio público estatal logró asegurar *normativamente* alguno de sus rasgos institucionales más relevantes. No debe olvidarse que sólo en la Ley de Régimen Local

(33) H. BERTHELEMY: *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1930, páginas 483-484.

(34) J. B. V. PROUDHON: *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, 4 vols., Dijon, 1843-1845; en concreto, véase el volumen I, pp. 240 y ss. La teoría de PROUDHON, apoyada en viejos textos romanos, gozó de gran reputación entre los autores decimonónicos, aunque no dejó de tener serias críticas incluso entre sus contemporáneos. Sobre esas injustas críticas, en mi opinión, que, por cierto, han llegado a imponerse en la doctrina actual, véase el resumen de MARIENHOFF: *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, 1960, pp. 59 y ss.

(35) A este respecto, pienso que son sumamente significativos los artículos 72 y 85, entre otros, de las Leyes Municipal y Provincial de 1877.

vigente aparecen claramente formuladas las clásicas reglas derivadas de la pretendida inenajenabilidad del dominio público (inalienabilidad, imprescriptibilidad, no tributación, inembargabilidad, etc.).

Pues bien, en mi criterio no ha sido excesivamente afortunada esta tendencia del legislador. Aparte de sus inconsecuencias—que más tarde habré de examinar—, el elemento de la titularidad ofrece dos fallos fundamentales. En primer lugar, es evidente que, contra lo que algunos han deseado respecto a la reducción a las Entidades públicas territoriales (Estado, provincia y municipio) de la pertenencia de bienes demaniales (36), no hay inconvenientes serios para que otros Entes públicos sean titulares de pertenencias demaniales. «Hoy ya no se discute el derecho de los establecimientos públicos o personas jurídicas institucionales de carácter público—dice ALVAREZ GENDÍN— a la titularidad del dominio público, siéndoles inherentes su gestión, conservación y rescate por acción directa, para los que han sido instituidos especialmente, como las Juntas de Obras de Puertos, Confederaciones Hidrográficas, la RENFE...» (37). Por supuesto, mucho más recientemente, Luis COSCULLUELA llega en el sector portuario a conclusiones muy distintas.

Tras examinar detenidamente la legislación portuaria tradicional y la ahora vigente, dice:

«Con posterioridad a estas oposiciones doctrinales, la Ley de 26 de diciembre de 1958, de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, abordó el problema de la titularidad de bienes de dominio público por parte de estas Entidades (...). El problema queda, en consecuencia, a reserva de lo dispuesto en la legislación especial, pero el criterio general que se sienta en el artículo transcrito es que los organismos no adquieren la propiedad

(36) Así, por ejemplo, gran parte de la doctrina clásica dudó de la posibilidad de titularidades de *demanio* distintas a las entidades territoriales, lo que, entre nosotros, fue objeto de revisión por PÉREZ BORIJA y, más tarde, BALLBÉ y ALVAREZ GENDÍN. Véase, asimismo, GARRIDO FALLA: *Tratado...*, cit., II, pp. 478-481.

En contra, recientemente, y pese a defender, como veremos, la tesis de que el dominio público supone una relación de propiedad, GARCÍA DE ENTERRÍA, en sus *Apuntes de cátedra*, tomo I, Madrid, 1971-72, donde se dice textualmente:

«También las regulaciones positivas de otros entes públicos nos confirman en nuestra opinión de que sólo los entes territoriales pueden ser titulares de bienes de dominio público. Sólo ellos tienen la plenitud de capacidad jurídica, siendo la titularidad de bienes de dominio público una consecuencia de dicha plenitud de capacidad.»

(37) Sabino ALVAREZ GENDÍN: *El dominio público*, cit., p. 39.

de los bienes. Comoquiera que el demanio público de los puertos está atribuido al Estado por el Código Civil, y también por la Ley de Puertos, debe concluirse que es éste quien detenta la titularidad de dichos bienes» (38).

En cuanto al patrimonio ferroviario—y nótese que utilizo un par de aspectos con los que ALVAREZ GENDÍN quería justificar su tesis de la titularidad demanial de Entes públicos no territoriales—, yo mismo tras analizar exhaustivamente las normas legales aplicables, llegaba a la siguiente conclusión:

«La relación de RENFE respecto a su patrimonio es, por tanto, similar a la que mantiene el gestor por cuenta ajena, comisionista o apoderado, con la importante salvedad de que, mientras los convenios crediticios que recojo *supra* no se lleven a término, el Estado no puede *desapoderar, retirar la confianza, privar de la comisión* a la persona jurídica RENFE. Esta es, pues, un ejemplo claro de Ente instrumental con facultades de disposición muy limitadas» (39).

Pues bien, decía más arriba que, pese a tan diáfanos argumentos, no hay inconveniente serio para que, dado el planteamiento legal vigente, los Entes públicos no territoriales puedan ser titulares del dominio público. Y no los hay porque al acentuarse por nuestro Derecho positivo el elemento de la titularidad respecto de las pertenencias del dominio público, junto a la consideración como tal de otros patrimonios que sólo lo son por afectación al uso o al servicio e incluso por la admisión ya *generalizada* de los bienes muebles como posibles integrantes del demanio (40), el incremento de personalidades jurídico-

(38) Luis COSCULLUELA: *Administración portuaria*, Ed. Tecnos, 1973, pp. 144-145.

(39) BERMEJO VERA: *Régimen jurídico del ferrocarril*, cit., p. 292. Quiero advertir también, por la trascendencia que ello tiene, que en mi opinión resulta totalmente irrelevante la distinción entre dominio público y patrimonio privado en el conjunto de bienes de este Ente institucional. Esa distinción es completamente artificial y provoca grandes dificultades en un análisis serio y riguroso del dominio público.

(40) *Vid.*, a este respecto, BALLBÉ: *Dominio público*, cit., pp. 776-777, y la bibliografía que allí recoge. Conforme, GARRIDO FALLA: *Tratado...*, II, pp. 483-484.

Desde esta perspectiva admite MARIENHOFF (*Tratado del dominio público*, citado, pp. 93 y 95) la posibilidad del *dominio público mobiliario*, con una matización importante:

«De modo que no existe principio jurídico alguno que impida —dice— incluir en el dominio público a las cosas *muebles*.

«Pero el régimen especial del dominio público requiere que los bienes o cosas

públicas distintas de las territoriales puede provocar la adscripción permanente de patrimonios *afectados* a dichos Entes institucionales. Esto es particularmente cierto en el ámbito local, donde la enumeración ejemplificativa de patrimonios afectos al servicio público es tan expansiva que admite, sin duda, esa posibilidad. Mucho más cuando se examina cuidadosamente el contenido del conocido artículo 10 de la Ley reguladora de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958. Dicho precepto señala lo siguiente:

«Los bienes que el Estado adscriba a los organismos autónomos para el cumplimiento de sus fines conservarán su calificación jurídica originaria. Los organismos que reciban dichos bienes no adquieren su propiedad, y los habrán de utilizar exclusivamente para el cumplimiento de sus fines, bien en forma directa, bien mediante la percepción de sus rentas y frutos.»

Obsérvese, sin embargo, que una interpretación rigurosa del precepto transcrito no cercena las posibilidades de estos organismos, dotados de personalidad y capacidad jurídica plenas (41), en orden a la adquisición de bienes, después de la adscripción formal que el Estado lleve a cabo de ciertos patrimonios necesarios originariamente para el funcionamiento de aquellos Entes. Ciertamente, los bienes que el Estado les haya adscrito conservan su calificación jurídica originaria por cuanto se trata de una mera *cesión*, más o menos coyuntural, y no de un traspaso definitivo. Ahora bien, nada, absolutamente nada,

que lo integran físicamente presentes o tengan un relativo carácter *permanente e irremplazable*; de no ser así, no se justificaría ese excepcional y severo régimen legal. Por eso las cosas "consumibles" y las "fungibles" no pueden revestir carácter dominical.»

Vid. también, sosteniendo la posibilidad de que los bienes muebles sean demaniales, S. ALVAREZ GENDÍN: *El dominio público de los bienes muebles*, en la «Revista de la Facultad de Derecho de Oviedo» núm. 68 (1954, pp. 7 y ss.

(41) La doctrina actual, empero, discute con argumentos contundentes esta *plenitud* de capacidad. No puedo entrar ahora en esta cuestión, atrayente por demás, sino limitarme a exponer que ningún precepto de la Ley de Entidades Estatales Autónomas prohíbe a éstas la *adquisición de patrimonios*. Si posteriormente estos patrimonios o parte de ellos quedan formalmente afectos al uso o al servicio público (piénsese, por ejemplo, en una entidad personificada para la construcción y posterior gestión de autopistas), no se trata de bienes ya públicos adscritos por el Estado a esos Entes, sino adquiridos y afectados, *luego*, al uso o al servicio público, con lo que sería indiscutible la titularidad de estas entidades institucionales sobre bienes demaniales.

Véase, en relación con las restricciones de la *plenitud* de capacidad jurídica de los Entes institucionales, Gaspar ARIÑO ORTIZ: *La Administración institucional. Bases de su régimen jurídico*, ENAP, Madrid, 1961 (y mi recensión a este libro en esta REVISTA núm. 68 (1972), pp. 451-455).

impide que, estando en funcionamiento el Ente institucional, y actuando normalmente en el tráfico jurídico, dicho Ente *adquiera*, con permiso o sin autorización —que ello es irrelevante— del Estado, algunos bienes determinados para, previa su transformación y posterior afectación, devolverlos al uso o al servicio público. La rigurosa aplicación del criterio de la afectación actuaría, en mi opinión, automáticamente y produciría la situación de titularidad subjetiva de bienes de dominio público del Ente institucional. Una rigurosa hermenéutica de nuestros planteamientos normativos conduce a esta conclusión, sin que la supuesta *vis atractiva* del Estado sobre los bienes del dominio público pueda evitarlo.

La exposición que antecede no deja de ofrecer, por tanto, una curiosa muestra de la confusa y abigarrada panorámica en la que la noción de dominio público se desenvuelve. Apurado hasta el límite el elemento de la titularidad subjetiva del demanio, la concepción unitaria del mismo puede soportar, y de hecho soporta, severas distinciones jurídicas. En cuanto los Entes titulares del mismo toman a su cargo la policía, gestión y explotación de las dependencias demaniales, no puede extrañar la diversificación de contenidos y criterios jurídicos que suele producir dicha variedad.

Los efectos prácticos que se derivan o pueden derivarse de lo expuesto no son fácilmente pronosticables, pero, sin duda, esa situación colabora también a la depauperación del dominio público en línea con los argumentos que vengo utilizando.

B) Otro aspecto que debe ser tratado, siquiera sea sumariamente, en esta exposición general es, como advertía páginas atrás, el de la confusa y poco práctica distinción que el ordenamiento vigente ofrece en relación con el dominio público y el patrimonio *privado* de los Entes públicos.

Esta distinción es hoy perfectamente admitida en los ordenamientos, y en concreto en el español, y procede, según los autores, de los textos clásicos romanos (42). COLMEIRO se expresaba de esta manera al tratar el tema:

(42) Vid. FRANCO DI RENZO: *Contributo alla determinazione del concetto di patrimonio dello Stato*, Casa Ed. Jovene, Nápoles, 1957, *in toto*.

Entre nuestros clásicos, por todos, COLMEIRO: *Derecho administrativo español*, dos tomos, 3.ª ed., Madrid, 1865; en concreto, pp. 111 y ss.

Vid. también GARRIDO FALLA: *El dominio privado de la Administración*, en el volumen homenaje a JORDANA DE POZAS, tres tomos, Madrid, 1960-61; en concreto, páginas 439-461 del vol. 1.º del tomo III.

«En la expresión genérica dominio nacional o propiedad de la nación se comprenden el dominio público y el del Estado; dos derechos que, si bien distintos entre sí, proceden de una raíz común.

Son bienes del Estado aquellos que pertenecen en plena propiedad a la nación y forman una especie de patrimonio común a todos los ciudadanos. Entre éstos y los bienes públicos media una gran diferencia, porque si los unos se destinan a cierto uso general, los otros se administran exclusivamente por el Gobierno. El los adquiere y conserva, los aprovecha y enajena según las necesidades del servicio y los intereses de la sociedad.

Los bienes públicos (*res publicae*) corresponden a la nación por el derecho de soberanía, y todos los ciudadanos los poseen y aprovechan *uti singuli*; los del Estado (*res universitatis*) pertenecen a la nación a título de dominio, y los posee y aprovecha *uti universitas*, esto es, como el Ente colectivo o la persona moral llamada pueblo, representada en su gobierno. La conservación, uso y fomento de los primeros, constituyen actos verdaderamente administrativos; y de los segundos nacen actos de pura gestión económica» (43).

Como se observa con facilidad, el planteamiento clásico, en este caso sintetizado en las palabras de COLMEIRO, pero sostenido por la generalidad de la doctrina (44), pone el acento, no en la *titularidad*, que es común a ambos tipos de dominio, sino en el régimen de adquisición, conservación y explotación de los mismos, muy distinto en uno y otro supuestos.

No podemos detenernos ahora en el estudio pormenorizado de las

(43) COLMEIRO: *Op. cit.*, p. 111.

(44) Cfr., por ejemplo, V. SANTAMARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho administrativo*, 3.^a ed., Madrid, 1891, pp. 659 y ss. La exposición de SANTAMARÍA nos aparece más clara por la sencilla razón de que, por entonces, ya se ha promulgado el Código Civil de la división patrimonial que conocemos. De ahí que SANTAMARÍA —y la doctrina posterior— hable de los «bienes del Estado que constituyen su patrimonio particular», aunque coincide en las enumeraciones ejemplificativas de este tipo de bienes con las doctrinas anteriores. Coincide también —y esto es lo que ahora nos interesa— en la consideración del Estado como *ser económico* en la adquisición, conservación y fomento de su patrimonio *privativo*, lo que en la terminología de la época tiene un significado muy preciso, según vamos a observar.

causas que determinan la aparición de estos tipos patrimoniales. Solamente interesa ahora destacar que el *régimen jurídico* del llamado patrimonio privativo del Estado es distinto al régimen del dominio público, y parece que son razones de explotación financiera las determinantes de esa diferenciación (45). Naturalmente, las tendencias, aparecidas tímidamente en la etapa decimonónica, de la explotación rentable del dominio público, y en la actualidad consolidadas de forma definitiva (46), van a suponer una alteración sustancial de esos esquemas primitivos, y, desde luego, van a quebrar los razonamientos que apoyaban semejante distinción.

Pero hay además otro factor decisivo en este orden de cosas. Hemos observado que no es sólo la cuestión de la titularidad sobre los patrimonios públicos la que aparece en discusión. Más bien, ésta es una polémica doctrinal y normativamente resuelta, aun cuando alguno de sus argumentos justificadores sea en más de un punto discutible, porque la temática que no acaba de cuajar totalmente es la que se refiere a la *afectación* al uso o al servicio público de aquellos patrimonios. Afectaciones y desafectaciones se suceden caprichosamente, las más de las veces, e incluso, si nos atenemos al planteamiento legal vigente en España, da la impresión de que sólo las llevadas a cabo *formalmente* son válidas en orden a la calificación y descalificación de bienes demaniales. El paso de un bien patrimonial al dominio público se presenta así con una artificiosidad fuera de dudas, como ocurre a la inversa, al menos por lo que respecta al conjunto patrimonial del Estado.

Son ilustrativos los preceptos de la vigente Ley del Patrimonio del Estado que se refieren al tema. En efecto, el artículo 113 de la misma señala lo siguiente:

«Compete al Ministerio de Hacienda la afectación de los bienes integrantes del patrimonio del Estado al uso general o a los servicios públicos.»

(45) SANTAMARÍA DE PAREDES: *Curso...*, cit., p. 660, lo dice muy rotundamente.

(46) Es obligada la remisión en este punto al importante libro de DENOYER: *L'exploitation du domaine public*, ya citado. Véase también recientemente el breve, pero clarificador, trabajo de Maurice LAGRANGE: *L'évolution du droit de la domanialité publique*, publicado en la «Revue du Droit Public et de la Science Politique» núm. 1 (1974), pp. 5-19.

Por su parte, y a la inversa, el artículo 120 de la misma Ley establece:

«La desafectación de los bienes que no sean precisos al uso general o a los servicios públicos compete al Ministerio de Hacienda, cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para su adquisición, el Departamento que la hubiera realizado o *la causa* por la que hubieren pasado al dominio del Estado, salvo lo dispuesto en el artículo 125 de esta Ley.»

Y añade el artículo 123:

«La incorporación al patrimonio del Estado de los bienes desafectados, incluso cuando procedan del deslinde de dominio público, *no se entenderá efectuada hasta la recepción formal* por el Ministerio de Hacienda de los bienes de que se trate, y *en tanto la misma no tenga lugar seguirán teniendo aquéllos el carácter de dominio público*» (47).

En relación con los patrimonios públicos de las Entidades locales, el problema se sitúa en idéntico plano. Conviene observar, sin embargo, que la normativa local añade una importante precisión, por otro lado lógica, en las notas de la afectación y desafectación de *los bienes de titularidad pública*. Subrayo expresamente el elemento de la titularidad porque la redacción del artículo 8.º del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, no deja lugar a dudas. Partiendo de la base de que las alteraciones de la calificación jurídica de los bienes competen formalmente a la Corporación Local, dicho Reglamento admite las afectaciones *presuntas o implícitas*, en el caso de que, como consecuencia de planes o proyectos urbanísticos y de obras o servicios, o de actos administrativos expresa o implícitamente, se produzca la alteración en la calificación jurídica de los bienes. Admite asimismo la afectación o desafec-

(47) Los preceptos siguientes de la Ley del Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto de 15 de abril de 1964, y concordantes de su Reglamento, aprobado por Decreto de 5 de noviembre del mismo año, establecen las formalidades concretas que dichos órganos han de seguir para la realización de las afectaciones o desafectaciones. Sobre esta cuestión la doctrina ha observado algunos reparos. A ellos me refiero a continuación.

tación *tácita* cuando, por el transcurso de veinticinco años, algunos bienes utilizados por el público o destinados a un servicio público o comunal pasen al dominio de la Entidad local (48).

Pues bien, esta tremenda artificiosidad, sólo matizada por los preceptos de la normativa local a que acabo de aludir, ha sido objeto de críticas muy justificadas. Frente a la tesis de ALVAREZ GENDÍN, propugnanante de la inadmisibilidad de cualesquiera *desafectaciones* de carácter tácito, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, refiriéndose a la doctrina sustentada por el Consejo de Estado, decía:

«Llegamos con ello a la actualidad de nuestro problema. Si analizamos con detenimiento los distintos sistemas positivos, así como las doctrinas más significadas, resulta claro que podemos llegar en nuestro tiempo a las mismas conclusiones que nos ofrecían los distintos sistemas históricos: la posibilidad normal de una afectación y una desafectación de las cosas públicas tácitamente, por los simples hechos, sin exigencia de declaraciones sacramentales. Incluso en Francia, donde parece que en alguna ocasión ha tentado la solución contraria, cara quizás a su cartesianismo administrativo, ha debido admitirse esta doctrina en su generalidad; para la afectación se ha echado mano en alguna época de la institución del tiempo inmemorial o *vetustas*, que acaso por su carácter de presunción de título se acomodaba a salvar el prestigio formalista; pero en definitiva parece haberse impuesto con normalidad el principio puro de la afectación tácita, por la simple destinación de hecho, sin precisión de título ni, por ende, de *vetustas* subsidiaria (...). Así, pues, incluso en el país más opuesto por sus concepciones jurídicas y administrativas a soluciones de esta clase, la tesis de la afectación y desafectación tácitas ha concluido por imponerse. En otros países

(48) J. A. GARCÍA-TREVIJANO: *Titularidad y afectación demanial en el Ordenamiento jurídico español*, cit., in toto. Vid. también Nemesio RODRÍGUEZ MORO: *Los bienes de las Corporaciones locales*, Madrid, 1969, y, de este autor, su comentario jurisprudencial, «Es nulo el acuerdo de desafectación de una porción de vía pública municipal si no se ha tramitado el oportuno expediente de modificación del ordenamiento urbanístico», publicado en la «Revista de Estudios de la Vida Local» núm. 188 (1975), pp. 771-778, donde RODRÍGUEZ MORO sostiene la tesis más severa para la descalificación *formal* del dominio público.

esta doctrina no presenta dificultad, por lo cual bien puede decirse, en conclusión, que en todas partes es hoy general» (49).

Ahora bien, decíamos antes que esa artificiosidad en la *alteración* de la clasificación jurídica de los patrimonios con titularidad pública no se ve en absoluto compensada por la clarificación que podría, en hipótesis, suponer para el dominio público. La entrada y salida de bienes en la categoría demanial es caprichosa, sí, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico-positivo español. Y, es más, tampoco se observan utilidades concretas, sino más bien lo contrario, para los bienes que por uso, adscripción a servicio u otras causas similares—por ejemplo, edificios públicos (50)—integran las dependencias del dominio público. A lo largo de esta investigación podrá comprobarse por qué la noción demanial resulta escasamente garante en orden a la preservación de los bienes que, teóricamente, encajan en ella.

Una última observación debe hacerse en relación con la *usucapión* demanio-patrimonio privado en el conjunto de los bienes de titularidad pública. En realidad, la distinción es operativa o podría serlo a efectos del régimen jurídico aplicable a unos y otros tipos patrimoniales. Así se motivó en un principio, e incluso de esta manera se continúa argumentando por lo general desde el análisis de nuestras normas jurídicas: el dominio público está regulado por un régimen excepcional y exorbitante del Derecho privado, en tanto que los bienes patrimoniales pertenecientes a Entes públicos se rigen por normas prácticamente idénticas a las que regulan el derecho de propiedad privada. Sin embargo, las más recientes tendencias *subjetivistas* en la configuración de la Administración pública y su Derecho regulador plantean en éste, como en otros órdenes distintos, algunos problemas serios

(49) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dois estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 100-102. Los párrafos transcritos fueron escritos para la primera versión de esta obra (Madrid, 1955), cuando aún no se había promulgado el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales ni, por supuesto, la Ley de Patrimonio del Estado. Por cierto que esta Ley causó cierta sorpresa a la doctrina al intentar establecer—como lo ha hecho—el sistema de afectaciones y desafectaciones formales. De ello se hace eco, reprochándolo, GARCÍA DE ENTERRÍA en la versión que he utilizado y cito en esta nota (*vid.* p. 10).

(50) La curiosa declaración de demaniales que se hace en la normativa vigente respecto de los edificios en que se alojen órganos estatales y locales procede de una clásica tesis francesa centrada en la afectación al servicio público—en el sentido amplísimo que implicaba esta noción—que aquéllos cumplen. *Vid.* Sabino ALVAREZ GENDÍN: «Naturaleza domínial pública de los edificios y de los bienes muebles», en el volumen homenaje dedicado al profesor GARCÍA OVIEDO, 2 vols., Sevilla, 1954; en concreto, vol. I, pp. 17-48.

y de obligatorio análisis previo. Si hubiera que sintetizar en pocas palabras este planteamiento, podría decirse que el régimen jurídico regulador de las actividades y estructura de las Administraciones es único y ello se refleja en el conjunto de relaciones —también, por ende, en las «relaciones» de éstas con sus patrimonios— con que la Administración opera en el tráfico jurídico.

Una severa reflexión se impone, por tanto, antes de pasar al estudio del núcleo que va a ocuparnos en la presente investigación. Como ya anuncié, al comienzo, el problema primordial que va a ser objeto de análisis en este estudio es el del *enjuiciamiento de las Administraciones públicas en relación con los bienes del dominio público*. Comoquiera que éstas tutelan y explotan las dependencias del demanio, es obvio que con este motivo se producen conflictos derivados, sobre todo, de la intrusión de particulares en dichas dependencias. Ya es sabido que goza de cierta tradición una técnica concreta utilizable por las Administraciones públicas en defensa del dominio público. Se trata de la recuperación de oficio o reintegro posesorio, técnica encajable, junto a otras, en las fórmulas o mecanismos de *autotutela* de la Administración. Con todo, los bienes integrantes del dominio público nos aparecen indefensos en muchas ocasiones por los motivos que posteriormente han de explicitarse. La búsqueda, pues, de técnicas completas y eficaces para la defensa de las dependencias demaniales resulta, hoy por hoy, imprescindible en orden a la conservación de aquéllas, sin perjuicio de que, como hemos expuesto sucintamente hasta aquí, la noción de dominio público precisa de serios replanteamientos en su configuración jurídica.

Me ocupo, pues, a continuación del significado y repercusión que para el régimen jurídico de los patrimonios públicos tienen las *concepciones subjetivistas* de la Administración y del Derecho administrativo, con miras a obtener de ello las conclusiones necesarias en el replanteamiento de la noción de dominio público.

II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JURISDICCIÓN. LA CONCEPCIÓN SUBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS REPERCUSIONES SOBRE LAS RELACIONES DEMANIALES

1. No voy a exponer ahora, ni siquiera en esquema, las tremendas insuficiencias que plantean en el ordenamiento actual las clásicas concepciones materiales y formales sobre la Administración y

su Derecho regulador (51). Quiero hacer notar, muy especialmente, que la *subjetividad* constituye a mi entender el único criterio válido para la caracterización científica de la Administración pública, e incluso que dicha concepción subjetiva traslada todas sus consecuencias intrínsecas al proceso de descripción de las ideas y principios informantes del Derecho administrativo. Si se pretende sostener la especificidad de este último como disciplina científica, o, enunciándolo en términos negativos, si no se quiere desdibujar su propia razón de ser, su propia sustantividad sólidamente adquirida en una lucha ya secular, no hay más remedio que partir de la perspectiva de su carácter fundamentalmente estamental —en la terminología que reproduce GARCÍA DE ENTERRÍA—, lo que, por una parte, a mi juicio, no contamina sus contenidos en la medida en que otros Derechos, configurados originariamente como de clase, han continuado manteniendo, bajo otros disfraces y otras técnicas o formulaciones, aquellas esencias primigenias. La insistencia con que algún sector de la doctrina mercantilista niega la caracterización del Derecho mercantil como Derecho de los comerciantes, al mismo tiempo que lo formula como Derecho de los empresarios —o de la empresa (52)— puede constituir un excelente ejemplo de lo dicho. Pero, además, por otra parte, no es posible abandonar la concepción subjetiva de la Administración y su Derecho, porque ello en sí mismo supone la mejor garantía para el perfeccionamiento constante de sus técnicas. Aclaremos esto posteriormente, en relación con un problema muy concreto que ofrece en la actualidad el Derecho español. Pero baste ahora decir que las concepciones *formales*, enunciadas como «acto unilateral», «cláusula exorbitante», «puissance publique» o «imperium», han sido utilizadas en momentos concretos como magníficos justificantes para trasladar privilegios y prerrogativas generales, nacidos a la luz del Derecho como catapultas o palancas del progreso social, al ámbito de los poderosos grupos de presión o intereses concretos de clase. Digamos también *de incidenter*, recordando aquellos sugerentes interrogantes de LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, que las concepciones materiales, funcionales u objetivas, especialmente la teoría del *servicio público*, se han manipulado con alguna frecuencia para fines poco confesables (53). Por supuesto, las

(51) A ello me he referido, *in extenso*, en mi Memoria de oposiciones a profesor agregado de Universidad, inédita, partes I y II.

(52) Sobre este punto me remito a GIRÓN TENA: «El concepto de Derecho mercantil», en el *Anuario de Derecho Civil*, año 1954, pp. 596 y ss. y 971 y ss.

(53) Analizando el Decreto resolutorio de competencias núm. 881/1970, de 18 de marzo (*Boletín Oficial del Estado* de 7 de abril), que sustanciaba una cuestión

concepciones subjetivas adolecen de semejantes posibles riesgos. No vamos a negar que una Administración pública instalada bajo los mausoleos de concepciones políticas totalitarias conduce en sus caracterizaciones subjetivistas a riesgos indiscutibles para el ciudadano. No vamos a negar tampoco que la construcción del Derecho administrativo como *Derecho estatutario* conlleva en sí misma el germen de la exacerbación del Poder, que encuentra así, en las siempre disimuladas capas protectoras del halo de lo jurídico, la más exquisita justificación de la arbitrariedad y del *orden desordenado*. Pero ésa es otra historia; eso corresponde a órbitas distintas alineadas con las consideraciones políticas del «poder». Lo cierto, lo único cierto, es que tanto las caracterizaciones *objetivas* como las *formales* prescinden del dato real por excelencia: ¿Qué es la Administración pública?, ¿qué hay detrás de ella?, ¿a qué criterios ideológicos responde? Desde la perspectiva de la Administración-sujeto, Administración-institución, en el sentido de EISENMANN (54), o Administración-ordenamiento, en la significación que suministrara Santi ROMANO, pueden desactivarse con suma facilidad esos riesgos. Bastaría con observar, sin más, la estructura jurídico-política donde esa Administración tiene encaje, para deducir de ahí el valor y la *legitimidad*—que no la legalidad—de sus operaciones. Una Administración pública legitimada, y no sólo *legalizada* como pusiera de relieve magníficamente Carl SCHMITT

de embargo de explotación de tranvías y otros bienes adscritos a la concesión de servicio público entre el Gobierno Civil de Pontevedra y la Magistratura de Trabajo de Vigo, Lorenzo MARTÍN-REORTILLO aludía a «la ideología engañosa escondida tras la noción del servicio público (que) ha conseguido enturbiar la anterior constatación». Y abundaba sus sospechas en nota: «No es éste el momento para entretenerme en ello, pero pienso que es un tema de gran interés el de las ideologías a que ha podido servir la noción jurídica realmente fundamental de servicio público. ¿Hasta qué punto ha servido para desdibujar—para ocultar, en definitiva—una no participación de los ciudadanos en la efectiva organización y gestión de los servicios? ¿Hasta qué punto ha servido para contribuir a dejar manos libres a los inversores en el sector de servicios públicos? ¿Hasta qué punto ha servido para frenar y detener las reivindicaciones laborales y sociales de quienes trabajan en dichos servicios? Etc.»

Vid. su comentario de conflictos jurisdiccionales en el núm. 63 de esta REVISTA, (1970), p. 206 y nota al texto.

Por supuesto, hay que manifestar aquí la idea de que, al realizar la exposición doctrinal sobre la noción de *servicio público*, DUGUIT, su principal formulador, fue «interpretado» plurivalentemente por sus discípulos, como los teóricos revolucionarios franceses lo fueron un siglo antes, y FORSTHOFF, con su doctrina de la *Daseinsvorsorge*, medio siglo después por los patrocinadores del fascismo y nacionalsocialismo. Conviene no perder de vista esta cuestión que, *velis nolis*, debe presidir siempre las construcciones del jurista.

(54) Charles EISENMANN: *La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*, en la «Revue du Droit Public» núm. 6 (1972), pp. 1345-1442.

a *sensu contrario* (55), se encuentra indiferentemente posibilitada para operar en el giro o tráfico administrativo, justamente porque ese giro o tráfico debe responder a las más depuradas exigencias de la sociedad a que sirve. La idea «vicarial» o de servicio de la Administración pública es el más eficaz antídoto contra la manipulación de las técnicas jurídicas que integran su Derecho propio y específico (56).

2. Pues bien, en el presente apartado voy a centrarme en un punto que, con relación al Derecho positivo español vigente—sin excluir referencias pretéritas, según veremos—, considero de vital importancia de cara a la consecución de resultados prácticos a partir del criterio científico elegido. Dos observaciones preliminares quiero hacer antes de entrar en el tema. Por un lado, la elección de esta problemática es convencional. La problemática de lo que yo denomino «justiciabilidad» del dominio público, concepción siempre difusa en los planteamientos *normativos* y poco bien tratado a nivel jurisprudencial, como veremos, es en este momento un exponente magnífico de las ventajas que proporciona la caracterización *subjetiva* de la Administración y el consecuente planteamiento de su Derecho propio. Claro está que el trasfondo de esta problemática es de mayores alcances prácticos, y que es necesario combinar nuestra investigación con criterios jurídicos de otra índole. De otro lado, y como ya he tratado de poner de relieve, la caracterización *subjetivista* de la Administración pública implica a su vez consecuencias óptimas para que el régimen de defensa de los bienes de dominio público sea plenamente eficaz. Es éste un *intercambio* que, en apariencia, resulta convencional, pero que no lo es si se examinan con rigor los principios y normas sobre los que va a sustentarse nuestra tesis. Valga, pues, a continuación este *excursus* a través de los criterios procesalistas que han sido utilizados en orden a enjuiciar las actividades de las Administraciones públicas.

3. En concreto, conviene seguir muy de cerca el desprestigiado criterio procesalista que, en otros tiempos, acunó al neófito Derecho administrativo. Como arguye VILLAR, «los comienzos del Derecho administrativo—y de ello son buena prueba las obras iniciales—son procesalistas, intentando primero deslindar las jurisdicciones según

(55) Carl SCHMITT: *Legalidad y legitimidad*, trad. esp. de J. Díaz de la versión alemana, Ed. Aguilar, Madrid, 1971, especialmente pp. 108 y ss., y *passim*.

(56) En este punto, cfr. José Luis VILLAR PALASÍ: *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, 1972, pp. 61-62.

criterios enunciativos de lista y, más tarde, según criterios únicos de separación de ambos fueros» (57). En realidad, como es bien notorio, no se trata tanto —ni creo sea ésta la intención de VILLAR al afirmar lo transcrito— de que el Derecho administrativo empezara conformándose al socaire de las competencias jurisdiccionales sobre las diferentes materias o actividades del Poder público, sino más bien que las reglas de repartición de competencia judicial acerca de las actuaciones del Poder dependieron de la diferente caracterización de las operaciones de éste. Así se interpretan comúnmente en la doctrina francesa las formulaciones de E. LAFERRIERE (58), uno de los más grandes teóricos del *Droit administratif*. Esta diferente caracterización fue muy difícil, llena de complejidades, por razones obvias, habida cuenta de que la distinción entre «actos de autoridad» y «actos de gestión», fundamentada, por otra parte, como justificación de última hora contra la cláusula general de exclusión jurisdiccional de las operaciones del Poder ejecutivo (59), no sólo era de escasa utilidad a efectos prácticos, sino incluso gozó de poca aceptación en determinados momentos debido a la desconfianza general hacia el nuevo *Conseil d'Etat*, creado, como se sabe, en 1806 (60). Pero con independencia de estas, muy problemáticas, muy polémicas, cuestiones, lo cierto es que el «enjuiciamiento» de las operaciones del Poder ejecutivo, con toda su impresionante relatividad, coincide cronológicamente con las formulaciones originarias del Derecho administrativo, y, sin duda, prescindiendo de mayores matizaciones al respecto, la determinante fue la caracterización subjetiva de la Administración. No sus actividades, no sus prerrogativas o privilegios, sino la propia esencia orgánica de aquélla (en el bien entendido de que lo orgánico se identificará luego totalmente con la concepción más apuradamente jurídica de lo *subjetivo*) fue la nota determinante de la aparición del contencioso-administrativo, cuya evolución desde las fórmulas puramente *administrativas* a

(57) José Luis VILLAR PALASÍ: *Curso...*, p. 43.

(58) E. LAFERRIERE: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vols., 2.ª ed., 1888-1896, vol. I, pp. 477 y ss.

(59) Esto es lo que se deduce, en principio, de la relativamente tardía adopción del criterio por la jurisprudencia francesa, como han puesto de relieve AUBY y DRAGO: *Traité de contentieux administratif*, 3 vols., LGDJ, París, 1962. Especialmente, cfr. pp. 294 y ss. y 304 y ss. del vol. I. Estos autores aluden, para demostrarlo, a la obra de KOECHLIN (*Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830. Etude de jurisprudence*, tesis doctoral, París, 1950), en la que dicho autor pone serias objeciones a la opinión generalizada respecto de que la distinción entre «actos de autoridad» y «actos de gestión» se remonta a MERLIN, en plena época revolucionaria.

(60) AUBY y DRAGO: *Traité...*, pp. 98 y ss. y 295 del vol. I.

las fórmulas más *judicialistas* del presente, ha continuado marcando aquella tónica inicial. No se olvide que en 1845, VIVIEN, saliendo al paso de las doctrinas que desprestigiaban al sistema contencioso-administrativo considerándolo como un «*démembrement de la justice ordinaire, opéré par l'esprit révolutionnaire ou par le despotisme, au détriment des droits privés et de la liberté des citoyens*», la calificaba como «*la conséquence même du pouvoir administratif et des lois qui le régissent*» (61).

Pues bien, estas coincidencias cronológicas, pero sobre todo ideológicas, pese a las claras reticencias de quienes desde el principio se mostraban partidarios del sistema judicialista puro, aparte de reflejar en cierto modo la trascendencia que el sistema de *acciones* tiene para la sustantivación de un determinado Derecho (62), sirvieron de base a la formulación de los criterios procesalistas de definición del Derecho administrativo. Criterios procesalistas ya absolutamente inválidos, no sólo para la construcción o conceptualización científica de la Administración pública y del Derecho administrativo, sino incluso en el orden práctico. Como dice VILLAR, «cuando la ley de lo contencioso-administrativo determina que corresponden a la misma aquellos actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo, en realidad lo que hace es remitir el problema del ámbito jurisdiccional a una cuestión previa de definición del Derecho administrativo» (63). Sobre este

(61) VIVIEN: *Etudes administratifs*, reimpresión de la 3.ª edición (1859), Ed. Cujás, París, tomo I, 1974, p. 123. En otro lugar afirma: «*mais, dit-on, en pareille matière, juger c'est encore administrer. Cette proposition a fait fortune et on l'a souvent répétée. Notre réponse est simple, et pourra sembler naïve. En cette matière comme en toute autre, diront-nous, juger c'est juger. Nous reconnaissons que l'Etat, dans les contestations dont se compose le contentieux administratif, n'est point une partie dans le sens ordinaire et usuel de ce mot. Il est, ainsi, qu'on l'a dit, "le pouvoir public agissant comme conservateur de l'ordre social et non comme propriétaire de ses domaines ou comme exerçant des actions civiles"*. Mais l'administration qui le représente en est-elle moins tenue d'abéir aux lois et d'exécuter les contrats qu'elle a passés?» (p. 132).

Los argumentos de VIVIEN se expresan en un momento en que la hostilidad hacia el *Conseil d'Etat* había determinado la preparación de un nuevo proyecto de ley sobre la jurisdicción administrativa. Nuevo proyecto que cristalizó en la Ley de 1845, tras la vigorosa defensa de DALLOZ, VIVIEN y CORMENIN, entre otros. Para esta cuestión me remito a AUBY y DRAGO: *Traité...*, I, pp. 98 y ss. y 152 y ss., y J. CHEVALIER: *L'elaboration historique du principe de separation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, París, 1970, pp. 102 y ss. y 199 y ss. Muy recientemente, Louis FOUGERE y otros: *Le Conseil d'Etat: son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, CNRS, París, 1974.

(62) Me remito, por todos, a GARCÍA DE ENTERRÍA, en sus referencias a Summer MAINE y MAITLAND: *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, núm. 30 de esta REVISTA (1959), p. 151.

(63) J. L. VILLAR PALASÍ: *Curso...*, cit., p. 43.

punto no vale la pena insistir más, habida cuenta de la reconocidísima «confusión» que ofrece en la actualidad el planteamiento normativo de los enjuiciamientos de actuaciones administrativas (64).

4. La segunda de las observaciones preliminares que pretendía hacer, gira en torno al *problema de las cuestiones de índole civil y de índole administrativa*, a las que alude con una terminología caduca e inoportuna nuestra vigente Ley de lo Contencioso-administrativo. En este trabajo, como ya he advertido, voy a centrarme en un punto que pone en cuestión, mejor que ningún otro, la subsistencia de tan trasnochada y perturbadora dicotomía. Desde la perspectiva general, el problema quizá pasa inadvertido, no obstante haberse hecho eco la doctrina en alguna ocasión, habida cuenta de la fuerza disimulante de los planteamientos ambiguos. Pero a ello voy a referirme más tarde. Pues bien, esta segunda observación general, aunque referida al motivo central de este apartado, apuntala con firmeza nuestra idea preliminar acerca de la concepción subjetivista de la Administración pública.

En efecto, como es bien sabido, al promulgarse la llamada Ley Santamaría, de 13 de septiembre de 1888, cuya gestación, precedentes y formulación final ha sido objeto de un exhaustivo análisis muy recientemente entre nosotros (65), se establece una restricción importante en el planteamiento de la jurisdicción *delegada* que ratifica definitivamente aquella Ley en relación con lo contencioso-administrativo. Tras la formulación de una especie de *cláusula general*—dicho sea esto con toda la relatividad precisa y que no requiere aquí explicación alguna—respecto de las posibilidades de apertura del recurso contencioso-administrativo (art. 1.º de dicha Ley), el artículo 4.º instaurará un motivo de exclusión jurisdiccional que, con algunos matices

(64) Cfr., por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1963, en todo su primer título y *passim*. Y más sucintamente, pero con idéntica expresividad, en su obra *La justicia administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1974. En relación con esta temática, y con especial referencia a la naturaleza de los llamados «procesos agrarios» que se ventilan ante la Sala 6.ª o de lo Social del Tribunal Supremo, aunque una de las partes sea la Administración, me remito a la exposición de Aurelio GUAITA: *Derecho administrativo especial*, tomo III, 2.ª ed., Zaragoza, 1967, pp. 172-174. Este autor, muy fundadamente a mi juicio, entiende que el proceso agrario es unas veces civil y otras *administrativo* (contencioso-administrativo). Por su parte, sobre la «autonomía del proceso agrario», *vid.*, por todos, J. J. SANZ JARQUE: *Derecho agrario*, Madrid, 1975, pp. 672 y ss.

(65) Me refiero al esclarecedor libro de Luis MARTÍN REBOLLO: *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, IEA, Madrid, 1975, obra ya imprescindible para conocer los avatares de tan fundamental norma legal en la evolución de nuestro sistema contencioso-administrativo.

ces, persiste en la evolución hasta nuestro vigente sistema. Dicho precepto establece, en lo que ahora nos interesa, que «no corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo... las cuestiones de índole civil y criminal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria o a otras jurisdicciones especiales», explicando que «se considerarán de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil, y también aquellas otras que emanan de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea, como sujeto de derechos y obligaciones». Este planteamiento, que ya tenía algún precedente en proyectos discutidos por entonces (66), debe ser contemplado naturalmente en su contexto. Cualquier pretensión de análisis a la luz de los planteamientos hoy conocidos destruiría la propia razón de ser de dicha aclaración.

Pues bien, el establecimiento de semejante excepción consagra un prejuicio o presunción legal — dicho sea esto con las debidas matizaciones — de efectos retardados. Naturalmente, la *índole civil* iba referida a los asuntos en que, de alguna manera, interviniera la Administración pública, porque en otro caso ya resultaba suficiente lo dispuesto con carácter general por la normativa procesal aplicable. La propia redacción del precepto nos parece que era explícita. Se hacía alusión a que el *derecho vulnerado fuera de carácter civil*, con lo que, obviamente, hace presumir que tal *vulneración* sólo podía derivar de operaciones de los órganos de la Administración pública. Lo importante ahora, para nosotros, es que la excepción mencionada se traslada, previa supresión de su parte anterior, a la legislación vigente. «No corresponderán —dice el artículo 2.º de la Ley de 1958— a la Jurisdicción Contencioso-administrativa: a) Las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria, y aquellas otras que aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyen por una Ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones.» El criterio sentado por las regulaciones anteriores a la Ley vigente era,

(66) Por ejemplo, en el llamado proyecto Sagasta, de neto corte judicialista, de 1888. Hago notar, sin embargo, que el artículo 16 de dicho proyecto, donde se hacía alusión a esta cuestión, se planteaba obviamente de otra manera: «No corresponderán —decía— al conocimiento de las Salas de las Audiencias, como tribunales contencioso-administrativos, las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen, pertenezcan al orden público y de gobierno, o al civil o penal.» Sobre este punto, Luis MARTÍN REBOLLO: *El proceso de elaboración*, cit., p. 112 y nota al texto. Aparte, la bibliografía sucinta que recojo luego.

aparte de insatisfactorio en su contenido, como ya destacara Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (67), absolutamente redundante; exactamente los mismos efectos que resultaban de remitir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa el enjuiciamiento o revisión, si se prefiere, de las actuaciones administrativas que lesionasen «derechos de carácter administrativo» (68).

En el contexto jurídico-positivo actual no hay ningún argumento sólido que sirva de apoyo a la diferenciación entre derechos civiles y derechos administrativos. De ahí que nos parezca bastante afortunada la supresión del párrafo aclaratorio en la vigente Ley Jurisdiccional sobre la naturaleza de las cuestiones de índole civil, o cuestiones civiles. Sin embargo, la persistencia de la exclusión, tal como he señalado, no deja de producir extrañeza. Parece que, desde la perspectiva de la Ley, se pretende mantener a ultranza el viejo principio de la distinción *cuestiones administrativas* (materia administrativa, con otros términos) y civiles o penales (materia civil o penal), cuando resulta que no es posible hallar, desde una perspectiva estrictamente jurídica, una caracterización homogénea y científica de la materia o función administrativa. Ni siquiera desde el plano puramente exegético de las normas, cabría posibilidad de «objetivar» las heterogéneas funciones de índole administrativa. A nivel de Leyes Fundamentales, según se sabe, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Estado concibe a la Administración como «un complejo orgánico articulado de forma finalista» (69). Apenas alguna referencia a los «asuntos administrativos», como la del artículo 13 de la mencionada Ley, o al «poder administrativo», como la del artículo 6.º de la misma, puede

(67) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO: *Responsabilidad de la Administración y jurisdicción*, en el número 42 de esta REVISTA (1963), pp. 169 y ss. En concreto, p. 174.

(68) Para la normativa anterior a la Ley jurisdiccional de 1956, que ha suprimido la exigencia —no obstante, aunque derogados, como sabemos, todavía quedan alusiones a ella en preceptos de la Ley de Régimen Local—, me remito a Miguel CUEVAS: *¿Qué es un derecho de carácter administrativo?*, en «Revista de Derecho Público» núm. 3, año 1934, pp. 19 y ss.; J. GUASP: *El derecho de carácter administrativo como fundamento del recurso contencioso-administrativo*, en la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid» núm. 2, año 1940, páginas 11 y ss. Para el Derecho local, cfr. el comentario, excesivamente simplista, que hace al artículo 386 de la Ley de Régimen Local MARQUÉS CARRO: *El Derecho local español*, tomo II, 2.ª parte, Barcelona, 1958, p. 1123.

(69) GARCÍA DE ENTERRÍA-Tomás R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, 2.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1975, p. 27. Conforme, BAENA DEL ALCÁZAR: *Administración y gobierno en la Ley Orgánica del Estado*, en «Documentación Administrativa» núm. 164 (1975), pp. 30 y 36-38.

merecer otra consideración que la de unas simples cláusulas de estilo. Lo importante, en criterio bastante generalizado, es «la pronta y eficaz satisfacción del interés general» a través del «cumplimiento de los fines del Estado», pero nótese bien que la concreción de esos fines no aparece en la Ley Orgánica del Estado. Nótese bien que ni siquiera el criterio teleológico podría utilizarse con rigor jurídico para caracterizar la Administración, toda vez que el artículo 1.º, párrafo 2, se refiere a «los fines que ha de cumplir», y el artículo 3.º alude a los fines *fundamentales* del Estado, pero no a todos los fines.

En conclusión, que puede ser objeto de las matizaciones necesarias, creo que resulta correcto ratificar el indiscutible carácter *subjetivo* de la Administración pública como módulo esencial de la concepción de la misma. A partir de esta hipótesis de trabajo, hemos de sacar algunas consecuencias a lo largo de esta investigación, consecuencias que—advierto de antemano—pueden parecer heterodoxas a la vista de los planteamientos normativos, y, sobre todo, jurisprudenciales, que en la actualidad jurídico-administrativa española se hacen. Pero insistimos en un punto que nos parece, hoy por hoy, inatacable: la noción «fundamental» española vigente—después aludiré a la precedente—no ha consagrado ninguna caracterización objetiva de *lo administrativo*. No existe, en abstracto, la materia administrativa ni, por supuesto, existen cuestiones de índole administrativa *ex propria natura*. Tampoco se concretan en ella estas cuestiones administrativas, a nivel de legislación ordinaria, al menos con cierta homogeneidad que permita un análisis mínimamente riguroso (70)

(70) Es paradigmático, en este sentido, el artículo 62 de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto de 8 de abril de 1965 y modificado por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, que se refiere al contrato de gestión de servicios públicos—en la clásica e inservible terminología—y expresa: «El contrato mediante el cual el Estado encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio, se regulará por...». No se puede concebir mayor ambigüedad, salvo que se acepten los argumentos de GARCÍA DE ENTERRÍA y PARADA, entre otros autores, respecto de la escasa consistencia de la noción de servicio público para la determinación del Derecho administrativo.

Para una crítica de esta trasnochada terminología legal, me remito a GARCÍA DE ENTERRÍA: *La figura del contrato administrativo*, en el número 41 de esta REVISTA (1963), pp. 99 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, que ya puso de manifiesto en un esclarecedor trabajo los inconvenientes del planteamiento normativo de los contratos administrativos (en *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Inst. García Oviedo, Sevilla, 1963), insistió sobre el tema en *La nueva Ley de Contratos del Estado*, en el número 47 de esta REVISTA (1965), páginas 397 y ss. Desde otra perspectiva distinta, me parece muy aguda la crítica que llevó a cabo BOQUERA OLIVER: *Poder administrativo y contrato*, ENAP, Madrid, 1970, especialmente pp. 46 y ss., donde este autor analiza con fina ironía algunas de las expresiones más infelices de la exposición de motivos de la Ley

de su naturaleza y especificidad. Los *finés* del Estado que, presumiblemente, debe cumplir con carácter instrumental la Administración pública no quedan concretados, según hemos visto. Finalmente, tampoco es utilizable el criterio del *interés general* para caracterizar materialmente a la Administración y su Derecho, si se piensa en que incuestionables operaciones de carácter privado también persiguen inmediata o mediatamente el interés general. Este ya no es, en los planteamientos actuales, monopolio del Poder público, aunque, como es obvio, a éste le está vedado, inmediata o mediatamente, la persecución del interés privado (71).

5. Vamos, pues, a continuar con el hilo de nuestro razonamiento, tal como propusimos en escorzo al comienzo. Y en relación con el tema de las cuestiones de índole administrativa-índole civil, voy a tratar de fijar la atención en un punto clave, en mi opinión, como es el del *dominio público*. Voy a tratar de mostrar las inconsecuencias que provoca un planteamiento inadecuado de determinadas concepciones de la Administración pública, así como pretenderé llevar a sus últimas consecuencias la caracterización *subjetivista* de la misma, centrándo-

de Contratos, como es la que identifica «contrato y Derecho administrativo», que se «unen para dar vida a un ente original». BOQUERA se admira, con razón, de que los redactores de las leyes utilicen axiomas tan absurdos. Y afirma: «Basta acudir al fundamento del Derecho administrativo para descubrir la cause del contrato administrativo y para comprender la razón de sus peculiaridades. ¡Qué fácil resulta todo cuando nada se explica! Si los redactores de las leyes tuvieran la obligación de decirnos qué entienden por Derecho administrativo antes de incluir esta expresión en ellas, dispondríamos de un variado y divertido repertorio de definiciones legislativas de este Derecho, o bien no encontraríamos la expresión «Derecho administrativo» en ninguna Ley. Creo que ocurriría lo segundo, pues los que intervienen en la redacción de las leyes no se pondrían de acuerdo sobre el significado de dichos términos y acabarían por eliminarlos» (p. 47). Para BOQUERA, consecuente con su tesis «formal» en la definición del Derecho administrativo, el poder administrativo constituye la noción clave para la naturalización de los contratos celebrados por las Administraciones públicas.

Insiste en la crítica de estas pretensiones objetivas del contrato administrativo, tras la reforma de la Ley en 1973, Pedro LARRUMBE: *Comentarios a la reforma del texto articulado de 8 de abril de 1965, de contratos del Estado, por la Ley 5/1973, de 17 de marzo*, en el número 72 de esta REVISTA (1973), pp. 327 y ss.

En Derecho francés, *vid.* recientemente el análisis de Prosper WEILL: «Le critère du contrat administratif en crise», en *Mélanges Waline*, tomo II, París, 1974, páginas 831 y ss., donde el ilustre profesor francés sostiene que ni el criterio del servicio público, ni el de las cláusulas exorbitantes, sirven ya para caracterizar al contrato administrativo. Alude a la «sofisticación» del derecho administrativo, y concluye sobre la conveniencia de que la justicia administrativa aplique *ce critère introuvable* a todos los contratos de la Administración.

(71) Así, por ejemplo, R. MARTÍN MATEO: *La sustantividad del Derecho administrativo*, núm. 53 de esta REVISTA (1967), pp. 45-46.

nos en un aspecto muy singular. El tema del *demanio* se aprovecha aquí por parecernos suficientemente ilustrativo, en el bien entendido de que cualquier otro problema nos conduciría, desde la perspectiva que venimos utilizando, a conclusiones semejantes. Y en el tema del *demanio*, voy a singularizar todavía más el análisis, porque nuestra atención va a fijarse en un problema muy concreto: el de la «justiciabilidad» de los bienes que forman parte, que pertenecen, que integran el llamado dominio público. Téngase en cuenta, para ello, la exposición que he llevado a cabo páginas atrás, porque ella constituye sin duda alguna el condicionamiento previo con el que abordar el presente análisis.

Un problema interesante y polémico, en la búsqueda de cuya solución no se ha insistido lo bastante, es el relacionado con la *justiciabilidad* de los bienes de dominio público. Tal vez las propias dudas sobre el valor de la noción de dominio público y, desde luego, la probada inconcreción del contenido de esta noción, contagien otros aspectos jurídicos conexos y, por supuesto, indispensables para la correcta regulación de aquélla. Preguntándose Robert PELLOUX en los años treinta acerca del valor de la noción de *demanialidad pública*, estimaba que la necesidad de dicha noción le parecía más que dudosa (72). Conviene advertir que la tesis de PELLOUX incidía en la polémica cuestión sobre la propiedad estatal o administrativa de los bienes demaniales *versus* la teoría de la insusceptibilidad de apropiación de los mismos, entendiéndose que, aun suscitando menos objeciones la primera de las teorías, la noción de demanialidad pública no era indispensable en Derecho francés y mucho menos indispensable encerrar en textos jurídico-positivos el contenido de dicha noción. A similares conclusiones llegaba AUBY años después al estudiar el valor de la distinción entre el llamado dominio privado de la Administración y el dominio público (73).

Entre nosotros, como es bien conocido, ya fue denunciada asimismo cierta tópica creencia en los dogmas elaborados a propósito del régimen de defensa del dominio público, propugnando —como lo hiciera, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA respecto al mito de la *imprescriptibi-*

(72) R. PELLOUX: *Le problème du domaine public*, cit., especialmente, páginas 310-319.

(73) J. M. AUBY: *Contribution à l'étude du domaine privé de la Administration*, en la revista «Etudes et Documents», del Conseil d'Etat, núm. 12, año 1958, páginas 35 y ss.

lidad del demanio (74)— «que la protección de la integridad del dominio público, finalidad a que tan enérgicamente se dirige el dogma de la imprescriptibilidad, debe ser buscada, con abandono de esta vía directa y simplista, a través de procedimientos oblicuos, si han de ser eficaces». Aunque en principio parezca que la opinión del profesor español tiene poco que ver con lo antes expuesto, especialmente si se tiene en cuenta la conocida postura del citado autor aceptando las tesis de HAURIUO sobre la propiedad de los bienes del dominio público, estoy plenamente convencido de que en ambos casos —la opinión de los autores franceses y del autor español— se quiere significar algo semejante. *El valor de la noción de dominio público se encuentra en íntima relación con el contenido jurídico concreto que se le otorgue.* De nada o muy poco servirá, a los efectos prácticos de la supervivencia del concepto, que los juristas continuemos agarrados a una serie de planteamientos dogmáticos con mucha frecuencia desvirtuados por las mismas normas jurídicas, sobre la base de los cuales se pretenda construir una teoría general del dominio público (75).

Ahora bien, también es oportuno destacar aquí que el rechazo puro y simple de estos planteamientos dogmáticos podría dejar en una situación paradójicamente lamentable a la noción del demanio y, por ende, desdibujarlo de tal forma que cualquier ordenación jurídicamente aceptable del dominio público viniera a constituir un remedio tardío e insusceptible de alcanzar objetivos interesantes. Tenemos ejemplos concretos y alertantes en esta cuestión. El tema del dominio público marítimo, cuya ordenación jurídico-positiva ha pretendido más constatar una realidad fáctica, no siempre respetuosa con la idea demanial, que otorgar contenido concreto a la noción del demanio marítimo, es perfectamente ilustrativo al respecto (76).

(74) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, en el número 13 de esta REVISTA (1954), pp. 11 y ss. Cito por la reciente edición de su libro *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, donde se recoge éste junto a otro trabajo del mismo autor.

(75) Como ya dije al comienzo de este trabajo, Alejandro NIETO, en su conocida y excelente obra *Bienes comunales*, aventuraba que el concepto de demanio era una noción de la que podía preverse su pronta desaparición (cfr. también página 298, por nota).

(76) Como ha afirmado LEGUINA VILLA, «se trata, en definitiva, de un caso más —especialmente grave, es cierto— a añadir al ya largo historial de privatización de nuestras riberas marítimas. Privatización que entiendo es no sólo rechazable en términos de valoración social del fenómeno, sino también más que discutible a la luz de nuestro Derecho histórico, pero cuya posibilidad jurídica ha sido consagrada —o confirmada— por la Ley de Costas de 28 de abril de 1969 y aceptada

Resulta, en definitiva, que los logotipos de la imprescriptibilidad, inalienabilidad, etc., predicados a propósito del demanio, incorporados expresamente al Derecho positivo, aunque de forma incompleta (es el caso del ya mencionado artículo 188 de la Ley de Régimen Local), han resultado útiles, con todas las relativizaciones que se quiera, para *defender* la dominialidad pública, aunque se haya reconocido en abundantes ocasiones su insuficiencia práctica.

La conjugación, por tanto, de ambas tendencias puede ser un elemento táctico de primer orden en la búsqueda nada oportunista, dicho sea incidentalmente, del mejor sistema de defensa del dominio público; algo, por cierto, en lo que difícilmente se encuentra alguien abiertamente opuesto. Y en este sentido vale la pena poner de relieve la fragilidad de cierta actitud jurisprudencial que analizará, aunque debo advertir que, en principio, y desde una perspectiva estrictamente jurídico-positiva, los argumentos que voy a utilizar no sean especialmente contundentes.

En efecto, he dicho al principio que no se ha insistido lo bastante en la búsqueda de soluciones adecuadas al problema de la *justiciabilidad* de los bienes de dominio público. La imperfección técnica de esta expresión es obvia, pero conviene prescindir de logomaquias, que no favorecen en absoluto la reflexión correcta sobre cualquier temática jurídica. Mal se puede hablar, efectivamente, de *justiciabilidad* de bienes desde el punto de vista del Derecho, por mucho que el adjetivo *públicos* califique decisivamente a aquéllos. Ahora bien, al utilizar ese término, quiero referirme a un problema real y acuciante que se suscita precisamente a la hora de resolver judicialmente controversias relacionadas con el dominio público. Tal vez convenga insistir aquí que el mismo dato de la constatación de controversias constituye el mejor argumento contra la excesiva confianza en la exquisita dogmática que—como ha advertido LEGUINA en relación con el dominio público marítimo (77)—sostiene sin más apoyaturas la demanialidad de ciertas categorías de bienes. Y quizás sea oportuno

también por una buena parte de la jurisprudencia». Cfr. J. LEGUINA: *La defensa del uso público de la zona marítimo-terrestre*, en la «Revista Española de Derecho Administrativo» (Civitas) núm. 2 (1974), p. 186.

(77) J. LEGUINA, en *op. cit.*, afirma muy expresivamente: «Así las cosas, entiendo que no ofrece ya demasiado sentido práctico continuar insistiendo con argumentos exquisitamente dogmáticos que, frente a lo que sostiene la doctrina legal dominante, las riberas del mar son y deben ser, sin rupturas ni excepciones, bienes demaniales. Bien venidas sean las decisiones judiciales que así lo declaren, pero no creo que sea ése el único camino a seguir en la defensa de los valores colectivos incorporados al *litus moris*» (p. 187).

destacar asimismo que mientras no se clarifique definitivamente la tipología de los bienes de dominio público, abandonando de una vez por todas la fiabilidad en las declaraciones jurídicas *meramente enunciativas* (78), subsistirán los problemas específicos del *demanio* y, muy concretamente, el problema de la «indefensión» de los bienes que lo integran, tal y como he advertido repetidas veces en apartados precedentes.

6. El problema real y acuciante que se plantea a la hora de resolver controversias relacionadas con el *demanio* es el del «ser o no ser» de éste. Sin embargo, no es ésta la problemática que va a ocuparnos ahora, aun no desdeñando su importancia. Se trata de sacar todo su partido a la conceptualización subjetiva de la Administración pública, y, por ello, conviene centrarse en el tema. Pues bien, es perfectamente ilustrativa a este respecto la cuestión de la *judicialización* del contencioso-administrativo, cuyas consecuencias, de cara a la configuración de la Administración y su Derecho, permanecen todavía inéditas. Voy, pues, a trazar someramente la línea evolutiva de la judicialización del contencioso-administrativo y poner de relieve no sólo su trascendencia en orden al punto específico que nos ocupa, sino su importancia para la caracterización de la Administración pública y su Derecho específico.

Una somera investigación histórica viene a demostrar que antes de la *judicialización* de lo contencioso-administrativo, realizada momentáneamente en la frustrada reforma de 1868, y definitivamente —aunque con algunos importantes matices— en la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888 (79), se confiaba plenamente en los Tribunales de Justicia u ordinarios como guardianes por excelencia del sacrosanto derecho de propiedad, uno de los pilares básicos —y quizás el más importante— del orden público y sociopolítico establecido en el siglo XIX. En lo que ahora nos interesa no puede causar extrañeza que, ya no sólo antes, sino incluso tras la *judicialización* relativa de lo contencioso-administrativo, continúe la fiabilidad en aquellos Tribunales como garantía de conservación del derecho de

(78) Como es bien sabido, ese carácter enunciativo se ha resaltado por la generalidad de la doctrina a propósito de la enumeración que sobre los tipos de bienes demaniales hace el artículo 339 del Código civil español. Por todos, *vid.* Sabino ALVAREZ GENDÍN: *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, cit. con referencias a similares planteamientos extranjeros.

(79) Sobre esta cuestión, es obligada la remisión al libro ya citado de Luis MARTÍN REBOLLO: *El proceso de elaboración*, especialmente pp. 103 y ss.

propiedad y todas sus secuelas. De ello se ha hecho eco la doctrina, muy especialmente al analizar el reparto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso-administrativa en los orígenes de esta última, y no creo que valga la pena insistir más en este punto (80). Aunque la exclusión antes referenciada, respecto a las cuestiones de índole civil, sólo pudo tener sentido al relacionarse con actos de la Administración pública y mostrarse ésta como parte afectada (81), las reglas de reparto de competencias entre una y otra jurisdicción tuvieron su sentido y, desde luego, han desaparecido en los momentos actuales las razones de fondo que las justificaron en tiempos (82).

Ahora bien, la reserva competencial a los Tribunales de Justicia de todas las cuestiones o negocios civiles —y no hay duda de que las *cuestiones de propiedad* encajaban ahí plenamente— se lleva a cabo en la legislación promulgada antes de la definitiva *judicialización* de lo contencioso-administrativo. Así lo demuestran muchos preceptos legales de la época, como, por ejemplo, los artículos 120 y 121 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 y artículo 254 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879. En ambos casos aparece claro el reparto competencial entre la que se considera jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción ordinaria, precisamente porque la primera no es una jurisdicción en sentido pleno. Prueba de ello —y dejo de lado ahora referencias detalladas a excelentes estudios sobre la cuestión (83)— lo constituye el artículo 248 de la todavía vigente Ley de Aguas. Este precepto silencia, en su apartado 4.º, la cualificación de los Tribunales competentes para enjuiciar las cuestiones de propiedad y posesión relacionadas con el dominio público. Nos parece muy sintomático que, en efecto, tras reconocer la compe-

(80) Por todos, entre la abundante bibliografía sobre el tema, me remito a Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO: «Unidad de jurisdicción para la Administración pública», en el vol. homenaje a SAYAGUES LASO: *Perspectivas del Derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, Madrid, 1969, tomo V, pp. 671 y ss.

(81) El artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881, es decir, unos años antes de la legislación judicializadora de lo contencioso-administrativo, remitió a la Jurisdicción ordinaria la competencia para conocer «de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros». Por eso resulta muy discutible la apreciación que sobre ello hacen TRUJILLO-QUINTANA-BOLEA: *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*, tomo I, Madrid, 1965, p. 222, respecto de que el artículo 2.º de la Ley Jurisdiccional (de lo contencioso-administrativo —antes 4.º de la Ley de 1888—) «es un simple recordatorio del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Veremos luego por qué.

(82) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO: *Unidad de jurisdicción*, cit., p. 704.

(83) Cfr. Alejandro NIETO: *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, en el número 50 de esta REVISTA (1966), pp. 27 y ss.

tencia de la Administración pública para «acordar y ejecutar la demarcación, apec y deslinde de cuanto pertenezca al dominio público en virtud de las prescripciones de esta Ley», se reserva a *los Tribunales* la competencia respecto a las cuestiones de propiedad y posesión, naturalmente referidas al propio dominio público. Es decir, *los Tribunales*, los únicos Tribunales jurisdiccionales que, frente a la llamada jurisdicción contencioso-administrativa, poseen facultades para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (84).

En relación con el planteamiento «constitucional», debe llegarse a conclusiones semejantes. Las Constituciones decimonónicas, en efecto, omiten repetidamente cualquier referencia a la Justicia contencioso-administrativa. Desde la Constitución gaditana, en efecto—y, antes, el Estatuto de Bayona—, hasta la de 1876, se reitera que «a los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales» (85). Resulta curioso observar, no obstante, que en el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española, formulado por PRIMO DE RIVERA el 6 de julio de 1929, se habla en el título X «del Poder judicial» con la competencia (Tribunales y Juzgados) de «aplicar las leyes y disposiciones de carácter general en los juicios civiles, criminales, contencioso-administrativos y cualesquiera que les encomienden las leyes» (art. 93); ello a pesar de que subsiste todavía la vieja regla de que «los tribunales y juz-

(84) Por recoger sólo una muestra de esta paladina idea, puede observarse cómo un célebre procesalista distinguía al proceso civil y al procedimiento contencioso-administrativo. En sus *Elementos de Derecho procesal civil*, trad. esp. de la 4.^a ed. alemana, 2.^a ed., Madrid, 1940, p. 41, afirma W. KISH: «También en la esfera de la Administración pública pueden originarse cuestiones entre el particular y el Poder público, v. gr., acerca de si el cuidado tiene capacidad electoral, sobre si y en qué medida se le pueden imponer contribuciones o impuestos, si puede construir en terrenos públicos, si puede ejercer una industria, etc. Todas estas cuestiones suelen ser resueltas por autoridades administrativas, generalmente funcionarios no independientes, y se llaman *materias administrativas*, en contraposición a los transferidos a los tribunales independientes, que se llaman cuestiones judiciales, *materias civiles*. En este segundo caso se habla de *via civil*, *via jurídica* o *via judicial*, en el primero, de *exclusión* de la misma» (*sic* en la versión española).

Aunque referido a sistema extranjero, he ahí expresada con bastante ambigüedad—propio, por lo demás, del planteamiento general—la división competencial que aquí se cuestiona, naturalmente antes de la judicialización de lo contencioso-administrativo. Hago notar que el traductor español apostilla al final del capítulo que el planteamiento es idéntico en España.

(85) No obstante, el artículo 58 del Estatuto de Bayona atribuye al Consejo de Estado conocer «de la parte contenciosa de la Administración». El párrafo LVIII del Discurso preliminar de la Constitución de Cádiz alude a posibles Tribunales especiales, pero conforme a lo que establezcan las leyes.

gados (no podrán) inmiscuirse directa o indirectamente en asuntos peculiares de la Administración pública». En el mismo sentido, aunque sin referirse a competencias concretas, el artículo 95 de la Constitución Republicana de 1931 dirá posteriormente que «la Administración de Justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes que serán reguladas por las leyes».

Desde esta perspectiva, al estructurarse la administración de Justicia sobre la base de los negocios o cuestiones civiles y criminales, nos parece que la omisión es deliberada respecto a lo contencioso-administrativo y que los únicos *juicios* verdaderamente tales son los civiles y criminales. Muy distinto es el planteamiento actual, como vamos a ver a continuación.

7. La doctrina reconoce hoy, casi sin discrepancias notables, que «los Tribunales de lo contencioso-administrativo han pasado a ser, efectivamente, una Sala más de la organización judicial común. Y no sólo en el sentido formal, como lo eran en la legalidad anterior, sino en sentido propio y auténtico, es decir, con todas sus consecuencias (86). *Con todas sus consecuencias*, entre las cuales no deja de parecernos trascendente la que concierne a la configuración jurídica de la Administración pública, que vamos a analizar en relación con un tema muy específico del dominio público. Pero sigamos con el problema de la judicialización del contencioso-administrativo.

La idea latente en el legislador, al promulgarse la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, era, por encima de todo, *judicializar* definitivamente esta función. Puede recordarse, a este respecto, cómo Segismundo ROYO VILLANOVA, ponente de la Ley, expresaba esa idea:

«Lo contencioso-administrativo debe confiarse a unos Tribunales especiales, esto es, a órganos independientes, separados del Poder ejecutivo y vinculados a la Administración de Justicia, pero con una competencia especial, la administrativa, distinta de la civil, penal y social (...). El sistema propuesto no se inspira tanto en el criterio ecléctico, que es el vigente, de armonizar lo ju-

(86) La frase corresponde a L. MARTÍN-RETORTILLO en *Unidad de jurisdicción*, citada, p. 701, pero, como digo en el texto, expresiones similares se encuentran en toda la doctrina que se ha ocupado del tema. A algunos de los más destacados autores haré alusión más adelante.

dicial y lo administrativo, como en el de asegurar y fomentar la especialización administrativa dentro de lo judicial» (87).

Muy recientemente, la misma idea ha sido destacada por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, sin duda uno de los más caracterizados especialistas en el tema. Al analizar *la justicia administrativa en España*, reconoce «que se ha conseguido la independencia e idoneidad de los órganos jurisdiccionales», aunque se muestra desconfiado ante la independencia operativa del juez administrativo por razones difícilmente contestables. Conste, sin embargo, que ése es otro problema muy distinto, cuyo profundo significado no puede ser analizado aquí. En suma, el dato que merece destacarse es el de la prácticamente unánime postura doctrinal respecto a la judicialización de los mecanismos o resortes de control de las operaciones de la Administración pública. Las excepciones a los «actos políticos» y las exclusiones—muchas veces totalmente injustificadas— a que pueden dar lugar declaraciones legislativas expresas no afectan a la judicialización, sino que inciden en otro tema distinto, en concreto la inexistencia de una *cláusula general* en la conocida formulación germánica (88).

La incorporación «constitucional» que, por primera vez de forma expresa, ha llevado a cabo la Ley Orgánica del Estado (art. 31) respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa constituye un argumento de valor incontestable en relación con el planteamiento judicialista que analizamos. Pienso que, en efecto, el artículo 31 de la mencionada Ley Fundamental ha trastocado sensiblemente las bases de lo contencioso-administrativo, apuntalando firmemente las posibilidades de la función jurisdiccional de aquélla. Con independencia de lo dicho en torno a la Ley de 1956, y abstracción hecha de que en la práctica posterior los Tribunales contencioso-administrativos funcionasen—dicho sea esto con todos los matices y relativizaciones necesarios— como verdaderos Tribunales, en la doble faceta orgánica y funcional, lo cierto es que algunos arcaicos prejuicios dificultaban ostensiblemente—a veces con efectos verdaderamente perturbadores—la

(87) El discurso de ROYO-VILLANOVA está recogido, entre otros lugares, en: la «Revista de Estudios de la Vida Local» núm. 91 (1957), pp. 3 y ss. Vid., de este mismo autor, «Principales innovaciones de la Ley de lo contencioso-administrativo», en el vol. homenaje a PÉREZ SERRANO, I, Madrid, 1959, pp. 284 y ss.

(88) Sobre el tema, GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, en el número 38 de esta REVISTA (1962), pp. 159-208. Ahora reeditado en Ed. Civitas, Madrid, 1974.

plena operatividad de la función jurisdiccional de lo contencioso-administrativo. Esos prejuicios, nacidos e incubados al amparo de esa gran disidencia doctrinal de la división de poderes, determinaron el anquilosamiento del sistema contencioso-administrativo, haciendo retoñar, en una especie de floración continua, el viejo principio del «juzgar a la Administración es también administrar» —principio que, según ya observé, fue desmentido prontamente por algún sector doctrinal— y apuntalando decisivamente la actitud de los órganos de lo contencioso-administrativo en su papel de «protectores de las prerrogativas de la Administración», como ha señalado agudamente A. MESTRE en relación con el Conseil d'Etat francés (89). No es éste, de todos modos, momento ni lugar para llevar a cabo un reposado muestreo de las razones prácticas que avalarían tales pronunciamientos, razones que, por otra parte, han sido perfectamente destacadas por la más autorizada doctrina. La crónica insuficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para llegar a constituir una verdadera jurisdicción se pone de manifiesto en multitud de aspectos, que abarcan desde el siempre polémico tema de las *inadmisibilidades* hasta la más que cuestionable ejecutabilidad de las sentencias emanadas de los Tribunales contencioso-administrativos (90). Aun recogiendo con cierto optimismo las reformas introducidas por la Ley Orgánica del Estado, GONZÁLEZ PÉREZ apostilla que «el sistema legal de la justicia administrativa no ofrece unas perspectivas muy alentadoras para el administrado» (91). Hay sobradas razones para esa pesimista visión, por más que la *judicialización* consagrada en la mencionada Ley (fundamental) Orgánica del Estado haya servido—o pueda servir— como antídoto eficaz

(89) Achille MESTRE: *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de la Administration*, LGDJ, Paris, 1974, *in toto*. Destaca este autor ahí—y la advertencia tiene gran valor, pensando en la indiscutiblemente superior *funcionalidad* que el órgano francés posee respecto de nuestros Tribunales contencioso-administrativos—que no conviene criticar esta doble misión que el juez administrativo realiza en su papel de protector de prerrogativas administrativas y de los derechos e intereses de los particulares, aunque sí resulta desdéniable que lo primero haya sido desmesuradamente engrandecido en detrimento de lo segundo.

(90) Sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas, la doctrina actual ha llevado a cabo importantes matizaciones respecto de la teoría clásica. Por todos, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, en su comentario de conflictos jurisdiccionales al Decreto 3237/1971, de 23 de diciembre, publicado en el número 70 de esta REVISTA (1973), pp. 221-222, por nota, donde afirma las plenas potestades de ejecución por los Tribunales contencioso-administrativos y las razones que la avalan. Por contra, Pablo GONZÁLEZ MARIÑAS encuentra justificada «por motivos de eficacia y racionalidad» la ejecución administrativa de sentencias judiciales. Cfr. de este autor: *La inejecución de sentencias de los Tribunales contencioso-administrativos*, ENAP, Madrid, 1975, p. 51, y *passim*.

(91) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *La justicia administrativa en España*, cit., p. 157.

contra la doctrina jurisprudencial más propensa a resaltar sus propias limitaciones que a potenciar el alcance de sus posibilidades de enjuiciamiento de la Administración pública. Veamos algunas muestras concretas.

8. No pretendo ahora más que esbozar el contenido de esa doctrina jurisprudencial *autorre restrictiva*, pues un examen minucioso de dicha corriente habría que situarlo, quizás, en otros planos distintos. Sorprende, desde luego, que tras el indiscutible paso adelante que significó la promulgación de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, de cara al enjuiciamiento de las actuaciones de la Administración, los Tribunales de este carácter hayan operado con premisas realmente limitativas de sus amplios poderes enjuiciadores. Cierto que algunos preceptos de esa normativa ofrecen pocos resquicios para la deseable plenitud jurisdiccional. Pero no lo es menos que, de haber interpretado progresivamente el espíritu y la letra de esa Ley, buena parte de los tradicionales *reductos exentos* del Poder hubieran dejado de serlo.

Pues bien, esa tendencia restrictiva se ha manifestado en abundantísimas ocasiones que excusan de su referencia en este momento. Me voy a limitar a recordar algunos párrafos de sentencias que, a lo largo de la etapa de vigencia de la Ley Jurisdiccional de 1956, contienen manifestaciones expresas de la repetida actitud restrictiva. Entre las primeras muestras de dicha actitud puede señalarse el supuesto de los justiprecios por causa de expropiaciones forzosas. Un ejemplo concreto, luego reiterado en abundantísimas ocasiones, es el de la sentencia de 28 de junio de 1961 (Sala 5.ª, *Aranzadi*, marginal 3462), donde se sienta la doctrina siguiente:

•Que al ejercitar los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa la función revisora que sobre los actos de la Administración pública les corresponde, es indudable que deben realizarlo ajustándola al objetivo esencial de determinar si tales actos son conformes a Derecho o si, por el contrario, infringen el ordenamiento jurídico vigente acerca de la materia o disciplina sobre que versen aquéllos, pues así se desprende de los preceptos contenidos en los artículos 1.º, 83 y 84 de la Ley reguladora de dicha Jurisdicción, fecha 27 de diciembre de 1956, y así lo tiene establecido *como principio axio-*

mático la doctrina jurisprudencial, de la que es una muestra la sentencia de 6 de octubre de 1960, según la cual han de tenerse en cuenta para la oportuna discriminación revisora los elementos reglados integrantes del acto administrativo objeto de examen...»

He subrayado muy conscientemente, del párrafo del considerando transcrito, la expresión «*como principio axiomático*», toda vez que ahí se halla la clave para averiguar el origen y la muy escasa o nula justificación de esa interpretación jurisprudencial. Todavía, en efecto, es más explícita la sentencia mencionada en el anterior considerando, la de 6 de octubre de 1960 (Sala 5.^a, *Aranzadi*, marginal 4055), que procede, curiosamente, del mismo ponente, señor LÓPEZ JIMÉNEZ, que la anterior. Dice así el párrafo que nos interesa:

«Que es ya un axioma de Derecho la naturaleza estrictamente revisora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que la precedente legislación sobre la materia y la Jurisprudencia de este Tribunal sentaron reiteradamente y que la vigente Ley reguladora de la misma ha acogido expresamente en sus preceptos, como puede apreciarse mediante el examen de los artículos 1.º, 83 y 84, con arreglo a los cuales es indudable la necesidad de constreñir los pronunciamientos relacionados con la cuestión de fondo de los recursos a la concreta alternativa que consiste en determinar si los actos sometidos al conocimiento de esta Jurisdicción son o no conformes a Derecho, es decir, si cumplen o infringen el ordenamiento jurídico aplicable al caso respectivo, habida cuenta de los elementos reglados integrantes de dichos actos.»

El carácter *axiomático* («verdad o proposición tan evidente que no necesita demostración», según el Diccionario de Julio CASARES) de la función revisora de los Tribunales contencioso-administrativos se basa, por tanto, en lo dispuesto en los artículos 1.º, 83 y 84 de la Ley Jurisdiccional, según estas sentencias. A nuestro entender, sin embargo, esto no es así, y, en realidad, semejante interpretación, aparte no gozar de arraigo tradicional alguno, sólo puede proceder de una defectuosa visión en torno a uno de los párrafos de la exposición de motivos de dicha Ley. En concreto, del párrafo que afirma lo siguiente:

«La Jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique —dicho sea a título enunciativo— que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración» (92).

Carácter revisor, pues, según indica el preámbulo, pero *revisor, en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración*, es el que se atribuye a la Jurisdicción contencioso-administrativa. Ambas cosas son inseparables, condicionándose la función revisora sólo a la necesidad de existencia previa de un acto de la Administración. De ahí no puede derivarse, como pretenden las sentencias recogidas en el texto anterior, un carácter *axiomático*, ni mucho menos. Bastaría para demostrar lo contrario interpretar esas frases con un sentido lógico e integrador de otras declaraciones que se realizan en el propio preámbulo de la Ley de 1956. Así, por ejemplo, en la exposición motivadora se afirma lo siguiente:

«... Y como esta Jurisdicción no es más que una especie de la genérica función jurisdiccional, y la naturaleza de tales procesos no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento, la ley se limita a recoger las especialidades que unas y otros ofrecen, remitiéndoles en los demás a las leyes orgánicas y procesales comunes...» (...).

«Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la Jurisdicción Contencioso-administrativa como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo...» (...).

(92) Aprovecho ahora incidentalmente para manifestar mi perplejidad ante lo que dice textualmente este párrafo. En mi opinión, resulta comprensible el segundo de los *ejemplos*; no así el primero, en el que, a mi parecer, sobra el adverbio negativo. Con todo, no he visto formulada esta duda en ninguno de los abundantes trabajos publicados hasta ahora sobre la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

«El proceso ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa no es una casación, sino, propiamente, una primera instancia jurisdiccional...»

Sentencias posteriores van a seguir manteniendo un criterio similar, si bien puede observarse que el carácter axiomático se abandona, sustituyéndolo por otro tipo de expresiones algo más livianas. En la sentencia de 21 de octubre de 1965 (Sala 5.^a, *Aranzadi*, 5141; ponente: VITAL Y TORRES), también en un supuesto de enjuiciamiento de justiprecio administrativo, se alude a la «naturaleza esencialmente revisora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa». Y en la de 2 de mayo de 1963 (Sala 5.^a, *Aranzadi*, 2332; ponente: LÓPEZ GIMÉNEZ) se alude a la «función revisora propia de esta Jurisdicción». La sentencia de 25 de septiembre de 1967 (Sala 4.^a, *Aranzadi*, 3298) plantea con mayor corrección la cuestión que ahora nos ocupa. En un supuesto de registro industrial de marca, el Tribunal alega lo siguiente (93):

«Que se hace indispensable, visto lo expuesto en el razonamiento jurídico anterior, establecer una vez más el contenido, alcance y limitaciones de la Jurisdicción Contencioso-administrativa investida de poder para someter a juicio la actividad administrativa según el de-

(93) Esta sentencia, cuyo ponente fue el señor SUÁREZ MANTEOLA, desestimaba los recursos interpuestos por un particular, en relación con resoluciones del Registro de la Propiedad Industrial que concedieron a otro particular el registro de modelo industrial que había solicitado. Al parecer existía ya registrado a nombre del recurrente un aparato idéntico al que solicitaba luego su opositor. El Registro de la Propiedad Industrial, conforme a las disposiciones legales aplicables, abrió el plazo preceptivo para que se suscitaran las oposiciones al nuevo modelo. Como quiera que no se presentó, dentro del plazo, ninguna, el Registro acordó la inscripción del modelo solicitada.

El recurrente pretendía que, pese a la extemporaneidad de su oposición, el Tribunal contencioso-administrativo procediese al análisis de la identidad o semejanza de ambos modelos industriales. Este, con buen criterio en este caso, concluye que: «no habiéndose pronunciado en los órdenes del Registro de la Propiedad Industrial, impugnadas en lo concerniente al problema de fondo (y), como la Administración en su momento oportuno no entró en este extremo, pronunciándose debidamente, dados los términos en que se concibieran los acuerdos atacados, imposibilita extender la acción revisora a esa petición sustancial (...), porque ello equivaldría —insistiendo— a invadir la autoridad administrativa, sustituyéndola dictando las normas de su especial competencia en la función que le es propia».

En idéntico sentido y por motivos idénticos la sentencia de 11 de noviembre de 1968 (Sala 4.^a, *Aranzadi*, 4938).

Más recientes y con expresiones similares a las ya expuestas: las sentencias de 17 de mayo de 1972 (*Aranzadi*, 2485) y 14 de febrero de 1973 (*Aranzadi*, 718), entre otras muchas.

recho aplicable, imponiendo el respeto a la norma en una tarea revisora, esencialmente centrada en definir si el acto enjuiciado es o no conforme a Derecho, pero nunca asumiendo funciones que a la Administración pública pertenezcan, ni supliendo el criterio del órgano administrativo por el propio del de la Sala...»

La sentencia de 11 de marzo de 1970 (Sala 4.ª, *Aranzadi*, 1501; ponente: señor SUÁREZ MANTEOLA) trataba sobre una reforma de plan urbanístico, solicitada del Tribunal como consecuencia de la inactividad del Ministerio de la Vivienda en torno al tema. De acuerdo con precedentes planteamientos, el considerando que nos interesa dice así:

«... que se hace indispensable establecer el contenido, alcance y limitaciones de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, investida de poder para someter a juicio la actividad administrativa según el derecho aplicable, imponiendo el respeto a la norma en una tarea revisora, esencialmente centrada en definir si el acto enjuiciado es o no conforme a Derecho, pero nunca asumiendo funciones que a la Administración pública pertenezcan, ni supliendo el criterio del órgano administrativo por el propio de la Sala.»

Hasta aquí, como se ve, el ponente repite textualmente el de la sentencia antes transcrita, continuando con la siguiente deducción:

«... siguiéndose de tal doctrina, la necesidad de que no habiéndose pronunciado la Administración en las resoluciones impugnadas en lo concerniente a la cuestión de fondo, es imposible que cualquiera que fuese lo que aquí se admita, en cuanto se llegase a poder reconocer la desestimación de los argumentos acogidos en el acuerdo, siempre existirá el obstáculo impeditivo de que como la Administración, en el momento oportuno, no entró en el contenido del derecho material expuesto, prohibirá ahora extender la acción revisora a esas peticiones sustanciales, y a lo sumo que podría llegarse, de violar el ordenamiento jurídico lo decidido en los actos atacados, sería el de reponer las actuaciones al citado de nueva resolución, a fin de que se conociese y ventilase la me-

ritada materia de fondo, respecto de lo cual cabría recurrir a esta vía, si lo que se declarara se estimaba perjudicial a la actora...»

Es decir, *acción revisora*, función revisora, mostrando cierto regusto por las limitaciones y una evidente reticencia hacia la superación de esos límites y hacia la potenciación del alcance efectivo de las decisiones judiciales. Lo más curioso es que, como después hemos de ver más despacio, hay ocasiones en que habiendo entrado la Administración en el fondo del asunto, y habiéndose en suma pronunciado explícitamente sobre el contenido del derecho material, es el Tribunal contencioso-administrativo el que rehúsa entonces a enjuiciar con plenitud esas operaciones administrativas. El carácter revisor, en estos supuestos de enjuiciamiento de actos administrativos relacionados con la defensa de las dependencias del dominio público, es todavía más restringido e inoportuno, toda vez que, sin que nada lo justifique así, resulta de una tremenda confusión entre el planteamiento jurisdiccional de la vigente Ley de lo Contencioso-administrativo y una arcaica doctrina sobre las *materias administrativas* y *materias civiles*. A mi entender, precisamente la Ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 dio el golpe definitivo a los criterios objetivistas en el enjuiciamiento de las Administraciones públicas, acabando de una vez por todas con esa absurda división entre la materia civil y la materia administrativa. Después he de volver sobre este tema, conectado al del dominio público. Vuelvo ahora a insistir en que la defensa a ultranza del carácter o función *revisores* de la Jurisdicción Contencioso-administrativa supone, sin duda, y aparte de otros significados distintos, acentuar, en su significado más negativo, lo que Danièle LOSCHAK ha llamado con expresividad «le rôle politique du juge administratif» (94), o, en suma, como muy atinadamente señala Prosper WEIL al prologar la obra de LOSCHAK, descubrir más la faceta de los Tribunales contencioso-administrativos como «colaboradores del Poder que como censores del mismo». Y es precisamente esta tendencia jurisprudencial—al parecer no exclusiva del sistema jurídico español—la que impide hacer realmente operativa esa judicialización plena apuntada ya en la reforma de 1956 y consagrada con ocasión de la Ley Orgánica del Estado de 1967.

Pues bien, alguna sentencia más reciente comienza a hacerse eco

(94) Danièle LOSCHAK: *Le rôle politique du juge administratif*, LGDJ, París, 1972 (con prólogo de Prosper WEIL).

de la judicialización de lo contencioso-administrativo. Bien que muy tímidamente, empiezan a descubrirse algunos atisbos de la repetida judicialización del orden contencioso-administrativo que, si desde la perspectiva general de su operatividad, ha de ofrecer un interés evidente desde la perspectiva que vengo utilizando en esta investigación produce o puede producir un tremendo impacto en la doctrina jurisprudencial dominante. En relación con la reforma operada para lo contencioso-administrativo en 1956, la sentencia de 21 de mayo de 1973 afirma que:

«... se inspira en el propósito de ampliar la esfera de la revisión jurisdiccional preexistente, y de facilitar tanto la acción de los Tribunales que integran la organización jurisdiccional como de las partes actuantes en los procesos en que aquéllos conocen, superando formalismos, reservas y rigores innecesarios mediante la simplificación de los actos de iniciación y desarrollo de los recursos, la extensión de las facultades ordenadoras y subsanatorias de los Tribunales y con el último carácter, la de las conferidas a las partes, a la vez que permiten a los Tribunales una más flexible interpretación sobre los actos procesales que cualifican...»

La declaración o el propósito quedan inmediatamente relativizados en el párrafo siguiente:

«... ahora bien, y en relación con esto último, no puede olvidarse que lo que se discute y resuelve en el mentado recurso contencioso-administrativo es en conclusión la conformidad o disconformidad de un acto de la Administración con el derecho vigente (...), lo que imprime carácter singular y típico a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, llamada a revisar lo resuelto gubernativamente, sin ampliar los límites de lo acordado, supliéndolo, completándolo o adicionándolo con extremos, cuestiones o aspectos que allí no se examinaron o no se decidieron...» (95).

(95) La sentencia procede de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo (Aranzadi, 2991). Conviene observar el final del considerando, que, a nuestro juicio, *relativiza* en demasía la función jurisdiccional. Veremos después cómo la doctrina extranjera ha salido al paso de estos matices en sus construcciones sobre lo que ha de ser la justicia administrativa.

Estas tímidas manifestaciones de plenitud jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, aun con sus matizaciones, constituyen la mejor prueba de que el carácter exclusivamente revisor de la función jurisdiccional debe ser superado y, al amparo de las reformas introducidas en la Ley Orgánica del Estado, debe ceder en favor de una justicia administrativa verdaderamente tal, caracterizada por constituir un «proceso entre partes», donde no sólo queden perfectamente garantizados los derechos e intereses de los particulares, sino plenamente salvaguardados los derechos e intereses públicos. Si conviene conservar el principio de la necesidad del acto administrativo previo, por otra parte exigencia legal expresa —artículo 1.º de la Ley Jurisdiccional de 1956—, debe ser con la finalidad de evitar, sobre todo, que el proceso administrativo degenerare, para transformarse, de un medio de control pleno sobre la Administración pública (control judicial o *ex post facto*, sin excluir otros posibles mecanismos de fiscalización que han de plantearse en otros planos distintos), en un cauce de enjuiciamiento de cuestiones *inter privatos*. Este es, sin duda, un peligro real que desaparecería (96), en nuestro criterio, caso de aceptarse la perspectiva de la Administración-sujeto que venimos defendiendo.

9. Antes de pasar al análisis de las consecuencias que para el enjuiciamiento de la Administración-sujeto va a reportar la *judicialización* y, en concreto, antes de examinar el supuesto de la justiciabilidad del demanio que propuse llevar a cabo, nos interesa detenernos, finalmente, en la caracterización «procesal» plena de lo contencioso-administrativo, cuya afirmación constituye, en nuestra opinión, un sólido argumento de cara a la utilidad de la perspectiva subjetiva, para la concepción de las Administraciones públicas, y para la más auténtica definición del Derecho administrativo. Creemos que la *judicialización* de lo contencioso-administrativo debe ser orientado hacia la configuración *procesal* del sistema. Esto comporta consecuencias muy importantes para la función que se examina, según veremos.

(96) Como se ha puesto de relieve, a veces las sentencias de lo contencioso-administrativo encubren decisiones en las que, predominantemente, están en juego intereses particulares. Así, por ejemplo, lo ha destacado Luis COSCULLUELA para algunos litigios urbanísticos. «Es sabido —dice este autor—, y puede traslucirse del contenido de numerosas sentencias, que la mayoría de los recursos en materia urbanística encubren un conflicto entre dos intereses particulares, y que el interés público queda en ellos en un segundo plano desde el punto de vista socio-económico.» Vid. su *Acción pública en materia urbanística*, núm. 71 de esta REVISTA (1973), p. 25.

Con todos los matices e incluso objeciones que la doctrina ha planteado al proceso contencioso-administrativo, en relación con los que se consideran procesos-tipo (el civil y el penal), parece que ya se ha consolidado, a nivel doctrinal, insisto, que aquél posee la naturaleza y caracteres jurídicos de un auténtico proceso. Son realmente más abundantes—creo, sinceramente, que en cantidad y calidad—los argumentos a favor que las razones en contra. El procesalista Jaime GUASP, al prologar la monumental obra de J. GONZÁLEZ PÉREZ sobre el *Derecho procesal administrativo* (97), afirmaba:

«El Derecho procesal administrativo viene así a consolidarse igual que el Derecho procesal civil, como una estructura plenamente autónoma. Su misión no es realizar los fines que el Derecho administrativo se propone, sino aquellos que al Derecho procesal genéricamente se asignan. Un proceso administrativo es un instituto afín a cualquier otro ente judicial, singularizado, tan sólo, porque los temas sobre que recae plantean lógicamente problemas referentes a la Administración.»

En idéntica línea, el profesor GONZÁLEZ PÉREZ, con su aportación doctrinal de valía incontestable, mantiene el criterio de la naturaleza procesal del contencioso-administrativo. Estima este autor que se podría «definir el proceso administrativo como la serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada en normas de Derecho administrativo por órganos de la Jurisdicción especial contencioso-administrativa» (98). Abundando en esta idea básica, GONZÁLEZ PÉREZ lleva a cabo un análisis minucioso de la Jurisdicción Con-

(97) La primera edición de esta obra, en tres tomos, fue hecha entre 1955 y 1958. La segunda, también en tres tomos, lo fue en 1964, 1966 y 1967, ambas por el Instituto de Estudios Políticos de Madrid.

(98) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, tomo I de la primera edición, p. 117. Sin embargo, en la segunda edición este autor suprime la referencia a lo orgánico, entendiendo que para él existen otros procesos administrativos de los que no conoce la jurisdicción especial contencioso-administrativa, sino la jurisdicción social (Sala 6.ª del Tribunal Supremo), cfr. pp. 117-118 del tomo I, 2.ª ed. La cuestión es muy importante, como ya tuve ocasión de señalar, y debe ser examinada a la luz de la postura que aquí se sostiene. Porque las pretensiones *fundadas en normas de Derecho administrativo* son, desde la perspectiva subjetivista de definición de éste, las pretensiones esgrimidas contra la Administración. Hemos de ver que este planteamiento choca frontalmente con la normativa vigente en España, pero que no resulta tan aventurado a la vista de su utilidad práctica y, por supuesto, de los criterios que se sostienen en algún sector de la doctrina extranjera.

tencioso-administrativa. No voy a detenerme en el examen de todos sus pormenores, pero vale la pena destacar alguno de los aspectos estudiados por el citado profesor. Especialmente, me interesa examinar lo que se refiere a la pretensión procesal administrativa y lo que concierne a la sentencia contencioso-administrativa.

Respecto de la *pretensión procesal administrativa*, sostiene GONZÁLEZ PÉREZ su existencia e incontrovertible naturaleza juridico-procesal, así como la peculiar tipología de éstas en pretensiones de cognición o declarativas y de ejecución. Ello depende de que lo solicitado al órgano judicial sea una declaración de voluntad, en el primer caso, o una manifestación de voluntad, un hacer, en el segundo, si bien duda de la admisión en Derecho español de estas últimas (99).

Por lo que se refiere a la *sentencia*, concluye rotundamente el citado profesor:

«Hoy no ofrece duda que las decisiones de los llamados recursos contencioso-administrativos son verdaderas sentencias, ya que emanan de unos órganos—los de la Jurisdicción Contencioso-administrativa—cuya naturaleza jurisdiccional nadie duda y están encuadrados en la organización judicial.»

Y luego, al referirse a la eficacia juridico-procesal de las sentencias contencioso-administrativas, afirma:

(99) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, II, 2.^a ed., pp. 404 y ss. Piénsese que esta duda no se puede desligar del problema de la «ejecución de sentencias contencioso-administrativas», tal como se encuentra planteado en la normativa vigente, en concreto artículos 103 y siguientes de la Ley Jurisdiccional de 1956. Es curioso, no obstante, que se haya desaprovechado la ocasión de replantear la cuestión con motivo de la reforma de 1973—ya vigente, por tanto, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Estado—, a tenor de lo que hemos observado en la nota (90). Una manifestación doctrinal en pro de la ejecución judicial puede verse en A. CANO: *Ejecución judicial de las resoluciones contencioso-administrativas*, en el número 70 de esta REVISTA (1973), pp. 27-54; M. MONTORO: *Nuevas perspectivas en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, en la «Revista de Estudios de la Vida Local» núm. 166 (1970), pp. 203-232. En relación con este problema, es de destacar el anuncio, realmente pionero, de F. GARRIDO FALLA: *La evolución del recurso contencioso-administrativo en España*, en el número 55 de esta REVISTA (1968), cuando se refería a la «oportunidad de reformar esta parte de la Ley para acomodarla a lo dispuesto en el artículo 31 de la fundamental Ley Orgánica del Estado» (p. 24). Sin embargo, y aparte de la referencia a GONZÁLEZ MARIÑAS en la nota 90, Andrés DE LA OLIVA trata de justificar por qué no se ha aprovechado la ocasión de reformar la Ley Jurisdiccional de 1956 con la Ley de 17 de marzo de 1973. *Vid.* sus *Notas sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo*, en la revista «Documentación Administrativa» núm. 150 (1974), especialmente pp. 85-91.

trucción de una teoría general del Derecho procesal» (103). El análisis de FAIREN descubre un doble sentido a la satisfacción jurídico-procesal: por una parte, se trata de la acción y efecto de satisfacer; por otra, el efecto propio de satisfacerse. Ambas facetas pueden aplicarse al proceso, resultando así—y me parece irreprochable la argumentación de este procesalista—que el proceso no constituiría sólo la satisfacción de la pretensión esgrimida por el autor, sino, lo que es más importante a nuestro objeto, la satisfacción de *pretensiones*, en el sentido de que también puede ser satisfacción de resistencias o contestaciones. Prescindiendo ahora de mayores consideraciones, vale la pena retener del razonamiento de FAIREN que el proceso—y, por tanto, el proceso contencioso-administrativo—es un instrumento para la consecución de satisfacciones jurídicas; en primer término, como medio de obtención de una situación de cosas equilibrada y favorable a un sujeto en sus intereses jurídicos; en segundo lugar, el *status termini*, en el que el proceso desaparece, es el estado de equilibrio de situaciones jurídicas de los sujetos intervinientes, sin padecer perturbación alguna (104). Obvio es advertir que, como dice FAIREN, las satisfacciones tanto pueden ser individuales o de interés de un sujeto, como generales, o de intereses de una colectividad. En estas últimas, que son las que nos interesan ahora, está en juego, de un lado, el sujeto situado más cerca del objeto del litigio, y de otra parte, la comunidad social, a la cual interesa como tal el referido objeto.

Pues bien, desde esta perspectiva nos es posible situar a las Administraciones públicas en el plano jurídico formal de la mecánica procesal—lo cual es importante en la órbita jurídica—y en el plano de su operatividad multiforme y variada, sin que dicha multiformidad le haga alejarse de los esquemas clásicos de la legalidad y de su papel de representante de la comunidad social para la pronta y eficaz satisfacción del interés general. Este segundo plano es trascendente y, por ello mismo, ha de ser analizado con cierta autonomía en otro momento. Conviene, sin embargo, no perderlo de vista, toda vez que es justamente la *autenticidad de la representación social* el principio que debe informar a la Administración pública y que, por añadidura,

(103) *Op. cit.*, pp. 356-357. Las referencias a GUASP son en relación con su *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, y con su conocido y excelente estudio sobre «La pretensión procesal», publicado en el *Anuario de Derecho Civil*, año 1952, páginas 7 y ss.

(104) FAIREN: *Op. cit.*, p. 361.

«Que las sentencias que dictan los órganos de la Jurisdicción Administrativa gozan de la autoridad de cosa juzgada, es algo que no ofrece duda; las resoluciones de los Tribunales administrativos tienen autoridad de cosa juzgada, como las emanadas de las otras jurisdicciones» (100).

Otro eminente procesalista, FAIREN GUILLÉN, en un espléndido trabajo sobre la naturaleza del proceso, nos proporciona también sólidos argumentos para la caracterización del proceso administrativo como un verdadero instituto de naturaleza procesal. FAIREN GUILLÉN entiende el proceso como *función de satisfacción jurídica* (101), de manera que el proceso contencioso-administrativo tendría «como función final unitaria la satisfacción de intereses jurídicos manifestados a través de las pretensiones y resistencias procesales triunfantes» (102). La opinión del procesalista FAIREN GUILLÉN nos parece especialmente importante de cara a la problemática que nos ocupa. Mientras Jaime GUASP concibe el proceso como «instrumento de satisfacción de pretensiones», e incluso —opina FAIREN— se extiende en el análisis de la noción de *satisfacción*, aunque de modo fragmentario y no profundo, la interpretación de FAIREN GUILLÉN abunda sobre esta noción en el sentido en que la misma constituye «un buen punto de apoyo para la cons-

(100) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, II, pp. 798 y 905. En el mismo sentido, TRUJILLO-QUINTANA-BOLEA: *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, tomo II, Madrid, 1965, pp. 511 y ss., y PERA VERDAGUER: *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, 3.ª ed., Barcelona, 1964, pp. 572 y ss.

La jurisprudencia ha venido confirmando el principio de la autoridad de cosa juzgada para las sentencias contencioso-administrativas en abundantes decisiones que recogen —y ello nos releva de reiterarlas aquí— esos autores. Sin embargo, conviene advertir que son escasas las resoluciones judiciales que, como consecuencia de las dificultades obvias —y sobre las que haré alguna mención posterior—, aplican la cosa juzgada en el proceso administrativo. Una muestra reciente, la de la sentencia de 20 de febrero de 1974 (*Aranzadi*, 848), que, al referirse al orden de enjuiciamiento entre las causas de inadmisibilidad y causas de nulidad, recoge entre las primeras, otorgándole carácter prevalente o prioritario a efectos de examen por el Tribunal, la cosa juzgada. Incluso en un típico supuesto donde el instituto de la cosa juzgada ofrece mayores dificultades, como es el de la declaración de ruina de edificios (por razones obvias, ya que existe la posibilidad de transformación o empeoramiento natural o artificial de los edificios), la jurisdicción contencioso-administrativa admite la operatividad de la cosa juzgada. Sin perjuicio de lo que más adelante se dice, cfr., entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1972 (*Aranzadi*, 5103).

(101) Ese es precisamente el título de su trabajo, publicado inicialmente en la «Revista de Derecho Procesal Iberoamericano», I, año 1969, y recopilado, junto a otros trabajos del mismo autor, en *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, pp. 353 y ss.

(102) *Op. cit.*, p. 431.

III. LA «JUSTICIABILIDAD» DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

Hechas las afirmaciones anteriores, que, como es obvio, pugnan con el planteamiento estrictamente normativo de la cuestión —al menos, en cierto modo—, vuelvo ahora a insistir en el punto central elegido como prueba de la necesidad de superar las consecuencias de dicho planteamiento jurídico-positivo, así como de la utilidad práctica que comporta el planteamiento que vengo sosteniendo.

Como ya observamos, la clave de nuestro análisis se encuentra en el defectuoso planteamiento de la «justiciabilidad» de los bienes demaniales. Los procesos abiertos en relación con cuestiones referentes al dominio público son abundantes y, en lo que nos consta, no siempre salen bien paradas las pertenencias demaniales. Se acude con frecuencia a las justificaciones, de carácter extrajurídico, insistiendo sobre la insaciable voracidad de los propietarios u otros aspectos semejantes, no exentos de alguna razón, pero desde luego insuficientes a mi juicio para explicar la crónica situación de indefensión en que se halla el dominio público. Nos parece evidente que, siendo esta noción una de las más capitales en la configuración clásica del Derecho administrativo (105), los instrumentos de protección del d^emanio se han quedado inservibles a esos efectos, no obstante existir, como es sabido, una fórmula de tremendas posibilidades teóricas como la «autotutela posesoria» de la Administración.

Pues bien, el arcaico prejuicio de las cuestiones de índole civil, como determinantes de la competencia de los Tribunales de Justicia u ordinarios, continúa sustrayendo al conocimiento de los Tribunales contencioso-administrativos importantes parcelas de la órbita demanial. No está muy lejos, por supuesto, el enfoque ya superado —como hemos visto— de lo contencioso-administrativo en su papel puramente revisor de las actuaciones de la Administración pública, frente a lo que aquí se sostiene respecto de la configuración *procesal* de aquel sistema, con todas las consecuencias que ello comporta en el orden práctico. En concreto, el planteamiento de la jurisprudencia al respecto es el siguiente: *la discusión jurisdiccional sobre la condición demanial de determinados bienes sólo puede plantearse ante los Tribunales judiciales ordinarios*. No es que con ello se niegue a la Juris-

(105) Miguel M. MARIENHOFF, en su conocida monografía sobre el dominio público, es contundente a este respecto. Vid. su *Tratado del dominio público*, cit. especialmente pp. 122-123 y ss.

distingue en la perspectiva positivista una Administración pública cargada de democraticidad o alejada de ese planteamiento.

Ahora vale la pena volver al hilo de razonamiento que seguíamos en torno a la naturaleza procesal de lo contencioso-administrativo. Si los procesalistas y administrativistas afirman, *nemine discrepante*, la naturaleza jurídico-procesal de lo contencioso-administrativo, el propio tratamiento legislativo no deja lugar a dudas. Parece superfluo aludir al preámbulo de la Ley Jurisdiccional de 1956, donde, en reiteradas ocasiones, se hace referencia a estos aspectos. Es rotunda la declaración formulada ahí con los siguientes términos:

«Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la Jurisdicción Contencioso-administrativa como una segunda instancia; ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la parte actora por razón de un acto administrativo.»

Y más adelante se dice:

«La Ley otorga a los Tribunales poderes para enjuiciar la legitimidad de los actos y disposiciones que se sometan a su conocimiento, no tan sólo a través de los fundamentos aducidos por las partes, sino por otros que estimen puedan ser tomados en consideración...»

La configuración amplia del sistema de prueba procesal, de la sentencia y efectos, e incluso la supletoriedad directa—entre otros aspectos—de la legislación procesal general, avalan definitivamente la repetida naturaleza procesal del juicio contencioso-administrativo. Se apunta así la posibilidad, que nos parece realidad, de un proceso de control pleno de las relaciones jurídicas entre la Administración pública y los particulares, y, en consecuencia, la superación del clásico esquema del enjuiciamiento de actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo (artículo 1.º de la Ley Jurisdiccional), por las razones que aduciré después.

dición Contencioso-administrativa competencia para intervenir revisoramente en actuaciones administrativas que tengan relación con el dominio público, según veremos, sino que en realidad lo que pretende significarse tras aquel planteamiento es que cualesquiera litigios originados sobre la condición demanial o privada de ciertos bienes deben ser reconducidos a la vía judicial ordinaria, a los Tribunales civiles, únicos competentes para pronunciarse en torno a las *cuestiones de propiedad* (106). Entiendo que semejante planteamiento es erróneo, aunque tenga su mejor apoyo en la expresa formulación de la Ley Jurisdiccional—artículo 2.º, a)—de 1956, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil—artículo 51—de 1881. Sin embargo, vamos a analizar con detalle los pormenores de ese planteamiento, así como sus efectos. Pero el análisis que voy a llevar a cabo ha de inscribirse dentro del esquema que sobre la Administración pública se defiende aquí, y, por otra parte, ha de entenderse en su perspectiva más utilitaria de cara, no sólo a la defensa del dominio público—aspecto principal en este trabajo—, sino al replanteamiento de la concepción del propio Derecho administrativo, cuyo único porvenir reposa precisamente en la configuración subjetivista de las Administraciones públicas, con todas las consecuencias que para la caracterización intrínseca de aquél comporta dicha configuración.

1. Me parece interesante, en principio, reiterando cuestiones ya tratadas antes, hacer una brevisima alusión al tema de la *titularidad del dominio público*. Se acepta en la actualidad, sin discrepancias notables, que la titularidad del dominio público pertenece a las Administraciones públicas y, en ningún caso, puede llegar a ostentarla un particular. La evolución, en efecto, de las teorías demaniales permite asegurar esa idea simple que, para nosotros, va a adquirir un significado muy especial. En nuestro país, un conocido dictamen del Consejo de Estado, de 14 de diciembre de 1949—que analizara magistralmente GARCÍA DE ENTERRÍA (107)—, puso de relieve aquella idea. Reproduzco algunos de los extremos más interesantes del dictamen:

(106) Entre los pronunciamientos judiciales más recientes sobre esta cuestión, sentencias de 17 y 24 de enero y 22 de septiembre de 1972, 31 de marzo y 26 de septiembre de 1973, 6 y 10 de junio de 1974, etc. De algunas otras sentencias posteriores a esta fecha haré referencia luego.

(107) En *Dos estudios sobre...*, cit. El texto completo del dictamen, importantísimo de cara a la configuración jurídica del dominio público, cuyo contenido ha sido prácticamente aceptado por doctrina y jurisprudencia, figura en apéndice al libro citado de GARCÍA DE ENTERRÍA. Puede verse también en la «Recopilación de Doctrina Legal», del Consejo de Estado, 1949-1950. Madrid, 1958, pp. 100-104.

«... Por lo que hace a la potestad de autodefinition administrativa de la existencia, extensión y derechos del dominio público, la cuestión es distinta. No se trata de una simple protección posesoria que, en todo caso, tiene la Administración por su facultad de policía de la pública utilidad, la cual protección está insita en el mismo concepto del dominio público. No es un *ius possessionis* lo que la Administración autodefine en los actos de deslinde de bienes demaniales, sino mucho más: un *ius possidendi* dimanante no ya del simple hecho de la posesión propia, sino del derecho de una titularidad dominical material. No es así un problema interdictal, de mera ocupación posesoria, sino una cuestión de *ius vindicatio*. Se trata de una verdadera autorreivindicación dominical en el propio sentido del artículo 348 del Código Civil y, por tanto, no determinada por condiciones posesorias, sino por el propio derecho material que se afirma.

Tal facultad se funda —ya se ha enunciado— en la misma exigencia de la utilidad pública, cuya actualización penetra toda la institución del dominio público.»

Es decir, la Administración pública detenta un verdadero derecho material sobre las pertenencias del dominio público, y no una simple titularidad posesoria que dejaría al demanio en una situación de indefensión. La razón es simple, puesto que hablamos de un contexto jurídico global que se ha construido fundamentalmente sobre las titularidades dominicales.

Como ya dije anteriormente, y vuelvo a recordar ahora, aun contando con las notables deficiencias que este criterio supone, en este punto se encuentra conforme la generalidad de la doctrina. Salvo la muy discutida cuestión de si las entidades públicas no territoriales o institucionales pueden ser *titulares* de bienes del demanio —punto en el que nos detuvimos ya anteriormente—, los autores convienen en que el Estado y demás entes públicos territoriales son propietarios del dominio público. La doctrina francesa e italiana más reciente abundan en esa cuestión (108). La evolución, sin embargo, en los planteamientos de esta polémica ha sido bastante compleja.

(108) Para el planteamiento francés, cfr. R. ALLARD-G. KIENERT: *Le droit administratif du domaine public et de la voirie*, París, 4.^a ed., 1975, y la reciente síntesis que hace al respecto M. LAGRANGE: *L'évolution du droit de la domanialité*

Es bien sabido que tras la promulgación del *Code civile* napoleónico se plantean muy seriamente las dudas acerca del titular demanial, planteamiento obviamente influido por el notable giro que, respecto de los textos tradicionales, produce aquella normativa fundamental. Según explica DENOYER, la mayor parte de los autores franceses de principios del siglo XIX admiten la idea de propiedad del Estado sobre su dominio. PARDESSUS y FOUCART entre otros, sin embargo, sostuvieron pronto la tesis de que los bienes del dominio público no pertenecían a nadie, limitándose el papel del Estado al de conservador y depositario de los mismos, y atribuyéndole, en consecuencia, la posibilidad de ser propietario de otros patrimonios no demaniales. Estas ideas fueron sistematizadas por PROUDHON, quien, vencido el primer tercio del siglo XIX, sostuvo idéntico criterio, tratando de evitar fundamentalmente que el absolutismo con el que fue concebido el derecho de propiedad en el texto napoleónico privara al dominio público de sus más auténticas esencias y desvirtuara su finalidad. No vale la pena insistir en las viejas ideas de PROUDHON en relación con estos patrimonios. Baste recordar cómo este autor, cuya influencia a lo largo del siglo fue tremenda, defendía la pertenencia del «ser moral y colectivo que llamamos el público» respecto de los bienes demaniales:

«... el carácter exclusivo —decía PROUDHON— según el cual nadie que no sea el señor de la cosa tiene el derecho de participar en el goce de su propiedad, no puede convenir a los bienes que componen el dominio público, toda vez que cada uno tiene por igual y según el mismo título el derecho de gozar según el destino de esos bienes... El dominio público no es, pues, para nadie, ni incluso para el Estado, un derecho de propiedad, puesto que nadie está excluido de su goce...»

publique, en la «Revue du Droit Public et de la Science Politique», I, año 1974, páginas 5 y ss. En Derecho italiano, por todos, S. CASSARINO: *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milán, 1962, y S. CASSESE: *I beni pubblici (incolazione e tutela)*, Milán, 1967. Hago notar muy especialmente —aunque sea dicho esto de incidenter— que la propia concepción del dominio público ha sufrido en Derecho francés una importante evolución, hasta el punto de que se viene poniendo en cuestión la clásica (e injustificada hoy) diferenciación entre demanio y patrimonio privado de la Administración. Partiendo del ya citado trabajo de AUBY, *Contribution...* (vid. nota 73), puede verse al respecto YVES LENOIR: *La part de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, París, 1964, y J. F. DENOYER: *L'exploitation du domaine public*; ya citado, especialmente pp. 33, y ss.

Y añadía este autor:

«... Resulta de ello que la especie de posesión que el Gobierno ejerce sobre los fondos de este tipo de dominio no se produce más que en el nombre y en el interés del público, que es el ser moral que llamamos "el público", el verdadero poseedor de esos fondos y quien debe tener, necesariamente, las ventajas de la prescripción adquisitiva del terreno; que en lo tocante a los intereses del Estado, el Gobierno no ejerce más que un posesorio de protección, para asegurar a todos el goce de los fondos, y no un posesorio de propiedad para atribuirse en exclusiva las prerrogativas o las ventajas derivadas del título de propietario del suelo...» (109).

Estas ideas, no obstante, y aun con toda su impresionante tradición, pugnaban en cierto modo, ya no sólo con los planteamientos civilistas sobre el derecho de dominio, sino también con el principio de la productividad de los patrimonios, aspecto que no era entonces decisivo en el ámbito de lo jurídico, pero que tuvo una destacada importancia en la evolución de los planteamientos doctrinales y normativos de la etapa decimonónica. La excelente exposición de DENOYER, a la que ya hemos hecho alusión, revela perfectamente esta evolución.

Es por lo que la doctrina francesa de finales del XIX va a reconsiderar muy seriamente las ideas sistematizadas por PROUDHON y sus seguidores. En primer término, y según es bien sabido, la Administración interviene severamente en el sector de las obras públicas, cuya ejecución y explotación, en gran parte, se hace a expensas de las grandes zonas demaniales. Siendo insuficiente la actividad de policía para explicar este tipo de intervencionismo administrativo, los juristas buscan dichas explicaciones en el derecho de propiedad de las Administraciones sobre los bienes del dominio público. HAURIUO, uno de los pioneros de estas ideas, analizó el contenido del derecho de propiedad de la Administración sobre esta categoría de bienes, arguyendo, en síntesis, que se trataba de una verdadera propiedad, aunque limitada por el concepto de *afectación* al uso o al servicio público. El Derecho positivo, sin embargo, no recoge con claridad estas ideas e incluso la antigüedad de las decisiones jurisprudenciales

(109) Cito por DENOYER: *L'exploitation du domaine public*, pp. 18-19.

hará difícil la admisión definitiva por la doctrina de aquéllas. Todo lo más se admite que la propiedad del dominio público es una propiedad especial y distinta del derecho de propiedad privada concebido al estilo del *Code* (110).

No voy a describir las resistencias y afirmaciones de la idea de propiedad pública, porque lo cierto es que ésta se impondrá a lo largo de nuestro siglo, sin perjuicio de reconocer que el Derecho positivo no se ha hecho eco de una forma rotunda de estas ideas. Así se explica que todavía algunos autores conserven ciertas reticencias para la admisión de la propiedad de los entes públicos territoriales sobre las dependencias del demanio.

Así, por ejemplo, las investigaciones de MARIENHOFF sobre el particular tratan de mostrar el error de esta generalizada tesis. MARIENHOFF, después de rechazar la idea de que los bienes de dominio público constituyen *res nullius*, así como la posibilidad de titularidades privadas sobre los mismos, sostiene la tesis de que el sujeto del dominio público es «el pueblo» y no el Estado, aunque matizada su ingenua apreciación a través del concepto jurídico de representación, ya que el pueblo actúa representado en el Estado (111). MARIENHOFF abunda, como él mismo reconoce, en las ideas de PROUDHON y VON IHERING, citando expresamente entre nuestros autores a Cirilo FRANQUET, autor de uno de los proyectos de legislación acuífera más celebrado entre nosotros en el siglo XIX.

Sin embargo, la titularidad de las Administraciones públicas sobre el demanio es algo ya admitido con naturalidad por la casi totalidad de la doctrina. La personificación de aquéllas, admitida ya sin ningún reparo, ha contribuido al desarrollo de esta idea básica, sin perjuicio de que se reconozca que el modelo de la propiedad absolutista perfilada al modo civilístico no es válido para explicar las relaciones de la Administración con esos patrimonios. Esto es, por otra parte, muy lógico, si se tiene en cuenta que, como luego diré, también el derecho de propiedad privada ha evolucionado sensiblemente, hasta el punto de constituir algo muy distinto a lo que planteaban los Códigos de corte napoleónico.

La jurisprudencia española, por otra parte, viene admitiendo sin reticencias esta tesis. Advierto, no obstante, que de llevar a sus últi-

(110) DENOYER: *Op. cit.*, pp. 22 y ss.

(111) MARIENHOFF: *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1939. Posteriormente este autor reproduce categóricamente sus ideas en el ya citado *Tratado de dominio público*, pp. 59 y ss.

mas consecuencias esa idea, se produciría la consecuencia de que sólo los municipios serían titulares demaniales en cuanto a *inmuebles de carácter natural*. No es este lugar para el desarrollo de lo dicho, aunque así parece puede desprenderse de la sentencia de 19 de junio de 1970 (*Aranzadi*, 3413), que decidía una cuestión relacionada con el dominio público portuario. La controversia se produjo entre un Ayuntamiento y el Estado (Ministerio de Obras Públicas), con motivo de competencias sobre determinada lonja portuaria. El considerando que nos interesa es bastante explícito y, sin análisis alguno por mi parte, va a cerrar este apartado. Dice así:

«Que el examen de esta temática se apoya en el primer punto de los señalados, en que el artículo 156 de la Ley de Régimen Local establece la compatibilidad de los servicios de competencia municipal con los análogos que otras leyes atribuyen al Estado, y que dice el recurrente que los de Obras Públicas y de Puertos encomiendan la explotación de éstos al Estado, sin que en sus zonas tengan jurisdicción los Ayuntamientos; pero semejante argumentación carece de consistencia, porque las leyes invocadas no contienen prescripción alguna en concreto sobre el régimen de lonjas, con lo que nada se opone en tal rango a la normativa especial de la Ley posterior de Régimen Local, que, en cambio, tras autorizar a los Ayuntamientos para explotar servicios en su término en el artículo 164, el artículo 166 especifica como uno de los servicios que podrán ser municipalizados con monopolio el de lonjas, y el artículo 169 asigna la aprobación de tales expedientes al Ministerio de la Gobernación, por lo que, proclamadas estas privativas competencias sin posible crítica, recaerá si acaso en la Ley instauradora mas no en los actos impugnados de su estricta aplicación, la que se extiende, claro es, conforme al artículo 51, a), del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales por el citado artículo 164 a todo el término municipal, y de tal suerte, si en su territorio radica la zona portuaria, cual acaece en el de Malpica, queda la misma, al igual que el de más ámbito jurisdiccional territorial del ente local, sometida al mo-

nopolio de lonja establecido y no afecta en su exclusividad normativa municipal por las competencias concurrentes para finalidades y materias distintas, criterio éste desarrollado en el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 8 de noviembre de 1962, que al decidir cuestión de competencia entre los Ministerios de Obras Públicas y de la Gobernación declara que las zonas o territorios de dominio público no dejan por el hecho de serlo de pertenecer a un determinado término municipal, puesto que el territorio nacional se distribuye, como proclaman los artículos 1.º, número 1, y 11 de la Ley de Régimen Local, y el 2.º, número 2, del Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades de 17 de mayo de 1952, *en términos municipales, y no entre éstos y bienes de dominio público, el cual está concebido en nuestro Derecho positivo no como una relación de poder, sino como relación de propiedad...*»

Pues bien, y aquí radica la importancia de la exposición que antecede, el régimen jurídico del dominio público viene caracterizado fundamentalmente por la referencia a las Administraciones públicas titulares de aquél. Incluso la doctrina ha observado con frecuencia lo tremendamente difícil que es aceptar, sin más, que al llamado *patrimonio privado* de las Administraciones se aplique un régimen jurídico privado uniforme y absoluto (112).

2. Por estas razones, inscritas en el plano de la subjetividad que sostenemos, cabe polemizar sobre la que nos parece poco afortunada identificación entre las *declaraciones dominicales públicas* y las llamadas cuestiones de índole civil o cuestiones de propiedad. Sobre los mismos replanteos de la noción de propiedad, voy a hacer alguna observación luego. Lo destacable de inmediato es que nuestros Tribunales contencioso-administrativos identifican, en actitud que me parece superable, esas declaraciones o autodefiniciones demaniales con las cuestiones de propiedad. A tenor de la jurisprudencia dominante (113), los Tribunales contencioso-administrativos no pueden entrar

(112) A esto ya hice alusión en mi libro *Régimen jurídico del ferrocarril en España*, cit., pp. 269 y ss.

(113) Además de las sentencias que recojo en nota 106, *vid.* entre las más recientes, las de 17 de abril de 1975 (*Aranzadi*, 2556, comentada por Julio TORRES en la «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 6, año 1975) y la de 14 de

a enjuiciar «cuestiones de propiedad», de modo que la declaración —naturalmente, previa al fallo definitivo— sobre si determinados bienes son de propiedad privada o constituyen pertenencias demaniales, es una cuestión de índole civil que excluye la competencia de aquéllos, remitiéndole a la de los Tribunales ordinarios. El análisis de este tema resulta doblemente interesante, porque me parece muy dudoso que «declarar un bien como integrante del dominio público» sea una cuestión de índole civil (114), y, además, porque, si esto es así, no parece fácil entender cómo las Salas de lo Contencioso-administrativo resuelven litigios en los que precisamente se dilucida si la Administración ha obrado conforme a Derecho al efectuar un *reintegro posesorio*, es decir, una recuperación de bienes del dominio público amenazados potencial o efectivamente por las usurpaciones de particulares (115).

Aun cuando la Jurisdicción Contencioso-administrativa acepta *revisar* las reivindicaciones demaniales que llevan a cabo las Administraciones públicas, los Tribunales de ese orden continúan mostrando una actitud de renuncia en el ámbito de la declaración dominical pública. Esta renuncia corre pareja con la concepción objetivista de la actividad administrativa, pretendidamente vigente en Derecho español, y desde nuestro punto de vista, totalmente superado. Pero tratando de buscar razones próximas —y descartando la función exclusivamente revisora que se atribuye a aquéllos, tal como vimos antes—, se podría pensar, a este respecto, en la subsistencia de la clásica idea de la *no convertibilidad* de las cuestiones civiles en cuestiones administrativas como consecuencia de la incidencia de actos de la Administración. Idea clásica que, como es notorio, se formulaba ya a mediados del siglo pasado. Así, POSADA HERRERA declaraba rotundamente: «Los actos administrativos no pueden convertir en administrativa una cuestión que antes era puramente civil» (116). Se podría pensar también

febrero de 1976 (Aranzadi, 1090), en la que el Tribunal contencioso-administrativo declara la improcedencia de una declaración de titularidad dominical —haciendo hincapié de nuevo en el principio de la autotutela posesoria—, a pesar de una sentencia penal anterior que afirmaba la condición jurídico-pública del bien objeto del litigio.

(114) Una rotunda refutación de la identidad entre dominio público y cuestión civil, en MARIENHOFF: *Tratado del dominio público*, cit., p. 86, y sobre todo, 119 y ss.

(115) La fórmula corresponde a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Sobre la imprescriptibilidad*, cit. La recojo de la reedición de *Dos estudios*, etc., cit., p. 134.

(116) Recojo la cita de la más amplia transcripción que, en relación con lo que debió ser opinión doctrinal unánime a lo largo del XIX, ha hecho Juan A. SANTAMARÍA PASTOR: *Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa*, núm. 77 de esta REVISTA (1975), pp. 88-89 y nota al texto.

en el principio, de construcción jurisprudencial mucho más reciente, según el cual los Tribunales contencioso-administrativos tienen competencia, en cualquier caso, para enjuiciar y resolver sobre si la Administración ha actuado *dentro de su competencia*, con absoluta independencia de la naturaleza de las cuestiones subyacentes que deben dilucidarse en el fondo. Paso, a continuación, al examen sucinto de ambos planteamientos, que, tal como se han formulado, me parecen totalmente inconvenientes.

En primer lugar, como ya hemos indicado antes, conviene insistir en que resulta más que dudosa la identificación entre declaración dominical de demanio y cuestión de índole civil. A estos efectos, voy a transcribir parte del contenido de una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1975 (*Aranzadi*, 2294), cuya doctrina es fiel reproducción de la sentada por este mismo Tribunal bastantes años antes, y que creo puede arrojar algo de luz sobre el problema que nos ocupa. El Tribunal declara:

«... todas las cuestiones de carácter civil *en que se ventilen derechos privados*, como es el del dominio de una finca, aunque el asunto traiga su origen de otro gubernativo, y aunque lo administrativo (*sic*) haya resuelto con innegable competencia expedientes previos y aunque alguna de las partes invoque razones de interés público, siempre serán de la competencia de los Tribunales ordinarios» (117).

Pues bien, esto parece poco discutible e incluso deja abierta la puerta a una interpretación más flexible que la que mantienen los Tribunales contencioso-administrativos en torno a las declaraciones demaniales. En efecto, la competencia de los Tribunales ordinarios, los civiles, es exclusiva *cuando se ventilen derechos privados*. Pienso que ahí está la clave del problema contravertido. Evidentemente, la declaración de las Administraciones públicas (118) y, en su caso, el

(117) Como digo en el texto, este párrafo reproduce en toda su literalidad una vieja sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1900. Esta última la recojo de la transcripción parcial que hace José María MANRESA Y NAVARRO en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo I, Madrid, 1928, p. 200.

(118) Las facultades de recuperación administrativa, reintegro posesorio c reivindicación dominical —pues con estos términos se quiere significar lo mismo—, están ínsitas en las *Administraciones* titulares del dominio público. La del Estado, las Administraciones locales e incluso las que se comprenden bajo la genérica

subsiguiente *refrendo* jurisdiccional de que unos determinados bienes constituyen pertenencias del dominio público, no es una controversia sobre derechos privados. Pienso que por ningún concepto debe ser identificado el dominio público y los eventuales derechos privados. Ambas nociones se excluyen recíprocamente, incluso en el polémico supuesto de los llamados *derechos reales administrativos*. El profesor GONZÁLEZ PÉREZ, recogiendo abundante doctrina, tuvo ya ocasión hace años de demostrar que los «derechos reales administrativos sobre el demanio (...) si bien participan en principio de las características propias de esta figura jurídica (...), no se trata de los derechos tradicionales del Derecho privado. Se trata de una figura propia del Derecho administrativo. El hecho de que recaigan sobre un bien de dominio público —afirmaba concluyentemente el autor— implica su sometimiento al régimen jurídico especial propio del dominio público, que no es más que una manifestación especial del régimen administrativo» (119). Por lo demás, y como ya hemos observado, parece fuera de toda duda que dominio público y régimen *iure privato* son inidentificables. Si ni siquiera es posible afirmar con rotundidad que el presunto dominio privado de las Administraciones públicas se rija por el Derecho privado, toda vez que los privilegios, prerrogativas o facultades exorbitantes de aquéllas impregnan las regulaciones jurídicas de sus pertenencias, ¿cómo es posible poner en duda que todas, absolutamente todas las cuestiones relacionadas con el dominio público son de derecho público?, ¿a qué se debe esa insistencia en proclamar indiscriminadamente que las declaraciones sobre la naturaleza privada o pública de unos bienes determinados son cuestiones de propiedad y, por ende, de naturaleza esencialmente civil?

Es perfectamente ilustrativa, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (sala 4.^a) de 30 de enero de 1969 (*Aranzadi*, 433) en

denominación de Administración institucional, gozan de esa prerrogativa, incluso entre estas últimas, aquellas que se consideran excluidas del régimen general —como es el supuesto, por declaración normativa expresa, de Renfe—, gozan de semejante prerrogativa. Me remito al análisis que, en relación con Renfe, llevé a cabo en *Régimen jurídico del ferrocarril*, cit., pp. 304-307.

(119) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Los derechos reales administrativos*, publicado originalmente en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» núm. 33, año 1957, páginas 146 y ss. Cito por la reciente reedición en *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1975, páginas 36-37.

Me parece oportuno recordar aquí que, en definitiva, como en el caso de los contratos, nos encontramos ante lo que Sebastián MARTÍN-RETORTILLO denominó muy gráficamente como *supraconceptos*. Cfr., de este autor, *El derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960, pp. 77 y ss., especialmente.

la que, con carácter previo, se ventilaba una cuestión de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por incompetencia de jurisdicción. En este supuesto se invertía el planteamiento común o normal, ya que era la Abogacía del Estado quien proponía la cuestión de inadmisibilidad de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ante una reclamación de determinados *se dicentes* propietarios. Estos entendían que el terreno en el que se iba a construir, previa autorización del Ayuntamiento, un colector de aguas era de su propiedad y el Tribunal contencioso-administrativo, aceptando la inadmisibilidad propuesta por el Abogado del Estado, declaraba lo siguiente:

«(se) reduce la cuestión litigiosa a determinar si, en efecto, el terreno donde se construye la colectora es de propiedad privada o pública, con lo que se plantea una verdadera cuestión de propiedad sobre dicho terreno, de naturaleza esencialmente civil y por ello a dilucidar ante los Tribunales de este orden, que escapa en consecuencia a la competencia de esta Jurisdicción Contencioso-administrativa».

Hago notar que el planteamiento teórico de la cuestión es idéntico al de las sentencias que he recogido más arriba. Ocurre que, en este supuesto, el resultado *práctico* de cara a la protección y defensa de las pertenencias demaniales es evidente, aunque sólo sea un «triunfo» momentáneo o provisional, como es obvio, toda vez que los presuntos propietarios optarían inmediatamente por la vía judicial ordinaria, donde, a buen seguro, no tendrían tanta dificultad para demostrar *su propiedad*. De todos modos debo reiterar que no me parece tampoco correcta la decisión del Tribunal contencioso-administrativo desde la perspectiva que se utiliza en este trabajo. En definitiva, la zona presumiblemente demanial queda al amparo de la decisión de los Tribunales civiles, actuando en estos casos la Jurisdicción Contencioso-administrativa como una «jurisdicción menor» o desprovista de fuerza ejecutiva. El planteamiento y la operatividad de la *cosa juzgada* en los procesos administrativos, tal y como veremos más tarde, tiene mucho que ver en este tema.

De todas formas, debo insistir en que dominio público y cuestiones con él relacionadas poseen una cualificación jurídico-pública *ex propria natura*. Muy recientemente, y a propósito de un problema también

semejante, el Tribunal contencioso-administrativo sostenía dicha cualificación sin reticencia alguna, declarando lo siguiente:

«... en el caso presente la competencia administrativa no puede entenderse atribuida por la naturaleza y finalidad de aquel pretendido contrato, sino exclusivamente por la especial naturaleza de los bienes sobre los cuales recae; pues si se trata de bienes de dominio público (sobre todo aquellos que lo son por ministerio de la Ley, también llamados de dominio público natural) su régimen propio es un régimen de Derecho público que confiere naturaleza administrativa y especial incluso a los actos de la Administración que se refieren al mismo» (120).

Sin perjuicio de que, desde nuestros puntos de vista, la solución a estos problemas debe ser abordada con otros planteamientos distintos, conviene observar que las declaraciones jurisprudenciales dominantes colocan al dominio público en situación de desamparo frente a las amenazantes invasiones de los particulares, por la razón bien simple de que éstos disponen de cauces legitimadores jurídico-formales, cualitativa y cuantitativamente más eficaces que los presuntamente reguladores del demanio. El ejemplo de la prohibición de inscripción en el Registro de la Propiedad es buen exponente de la precaria protección de los bienes de dominio público. Recientemente ha podido afirmar PAREJO GAMIR que «la doctrina prohibitiva de la inscripción registral de bienes demaniales supone el máximo riesgo a que puede ser expuesto el demanio. En lugar de verse así reforzado, queda debilitado hasta extremos increíbles» (121).

3. Vale la pena recordar ahora también que la misma noción de propiedad ha sufrido una importantísima evolución que, de algu-

(120) Sentencia de la Sala contencioso-administrativa de Santa Cruz de Tenerife de 16 de junio de 1972, ratificada en este extremo por la Sala 4.ª del Tribunal Supremo en sentencia de 17 de junio de 1974 (*Aranzadi*, 2684).

(121) *Apud.* R. PAREJO GAMIR: *Protección registral y dominio público*, EDESA, Madrid, 1975, p. 187. En esta obra —su tesis doctoral— sostiene PAREJO que la efectividad de la protección de los bienes demaniales hay que buscarla en una aproximación a la institución registral, aun cuando matiza que esa *inscribibilidad* bastaría para los bienes de dominio público que él califica como «no ostensible» (pp. 189-190, especialmente). Por mi parte, ya tuve ocasión de hacer notar la función del Registro de la Propiedad y los peligros que, sin las necesarias correcciones, podría ocasionar la aceptación, sin más, de la tesis de PAREJO, en *Régimen jurídico del ferrocarril*, pp. 60 y ss.

na manera, va a influir en el fondo del problema que analizamos. La poco menos que irreductible condición jurídico-privada del derecho de propiedad está, incluso por lo que se refiere a la propiedad en su concepción más genuinamente particular, en trance de soportar muy serias revisiones. La doctrina que se ha venido ocupando del tema en los últimos años observa con no disimulada complacencia las importantes alteraciones que en su misma esencia sufre el derecho de propiedad, antaño prácticamente ilimitado, hablando ahora de la necesidad de *redefinir el derecho de propiedad* (122) o de superar la clásica noción uniformista en pro de concepciones plurivalentes. Se habla así de *las propiedades*, indicativo este último plural de una situación más conforme con las realidades jurídico-positivas actuales (123). También desde estas perspectivas revisionistas de la concepción clásica de la propiedad puede ponerse en tela de juicio la competencia de la jurisdicción ordinaria o civil sobre todas las cuestiones de propiedad. La diversificación de este monolítico instituto jurídico plantea serios problemas en relación con aquella no menos monolítica exclusividad competencial de la Jurisdicción.

Históricamente, todo el planteamiento de la legislación desamortizadora se situó en estas coordenadas, como ha puesto de relieve MUÑOZ MACHADO en reciente investigación. Lo curioso es que —como demuestra este autor— ya a mediados del siglo XIX se observan importantes quiebras en la concepción de la monolítica institución de la propiedad. La Jurisdicción especial de Hacienda será la vía —dice— «por

(122) Este es el título, por ejemplo, de la ya aludida monografía de Jean-Paul GILLI: *Redéfinir le droit de propriété*, Centre de Recherche d'Urbanisme, París, 1975; especialmente pp. 123 y ss.

(123) En este sentido, se viene considerando como una de las pioneras la conocida obra de PUGLIATI: *La proprietà nel nuovo diritto*, Milán, 1954. A partir de este ya clásico libro, hay doctrina abundante. Entre las más conocidas figura la monografía de Alberto PREDIERI: *Pianificazione e costituzione*, Milán, 1963. En la bibliografía alemana reciente puede destacarse la interesante tesis de Wilhelm OFFERMANN: *Die Enteignungsentschädigung nach dem Grundgesetz Grundprobleme der Entschädigungsflexibilität des Grundgesetzes bei Eingriffen in das Eigentum mit besonderer Berücksichtigung der Baulandabschaffungsfrage*. Duncker und Humblot, Berlín, 1974, refiriéndose especialmente al derecho de propiedad del suelo en relación con las facultades públicas urbanísticas.

Por lo que respecta a la doctrina española, hay que remitirse a la ponencia española presentada en el V Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Marbella (Málaga) en el mes de mayo de 1975, sobre las *vinculaciones de la propiedad privada*. Vid. mi crónica a este Congreso en el número 78 de esta REVISTA (1975). Son también muy interesantes las consideraciones que lleva a cabo Sebastián MARTÍN-RETORTILLO en *Derecho agrario y Derecho público*, «Revista Española de Derecho Administrativo» núm. 5 (1975), páginas 161 y ss.; especialmente, pp. 168-171.

donde se producirán las primeras quiebras al principio de plenitud de enjuiciamiento por los Tribunales ordinarios de las acciones administrativas incidentes sobre la propiedad privada» (124). La consagración definitiva de esta transferencia competencial desde la jurisdicción ordinaria a una jurisdicción especializada se produce con todo el planteamiento de la desamortización, causando la perplejidad de la doctrina por este inexplicable cambio. MUÑOZ MACHADO dice a este respecto:

«El golpe de gracia se deberá a una Real Orden de Hacienda de 14 de junio de 1848, recordada luego por otra de 25 de enero de 1849. Sin mayores explicaciones operarán el trasvase de competencias. El desarrollo posterior ya apenas si interesa a los efectos de este estudio; la Ley de Contabilidad de 20 de febrero de 1850 recogería el mismo principio que, después, y por primera vez, la Real Orden de 20 de septiembre de 1852 trataría de fundamentar en razones políticas. El sistema se mantendrá e intentará extender por una constante jurisprudencia y aparecerá de nuevo recogido en el artículo 84, párrafo 3.º, de la Ley para el gobierno y administración de las provincias de 25 de septiembre de 1863 y en el artículo 15 de la Ley de Administración y Contabilidad de 25 de junio de 1870.

He aquí, pues, cómo cuestiones que tenían que ver con la propiedad privada, asunto central como ningún otro de la competencia de los Tribunales ordinarios, pasaron a ser conocidos por una jurisdicción especializada por el simple hecho de que una de las partes en conflicto era la Administración pública» (125).

Esta sensible quiebra, no obstante, no va a agudizarse más, ni siquiera tras la consolidación y reforzamiento de la nueva Jurisdicción. Ahora bien, desde la perspectiva que aquí se viene utilizando, estos tímidos planteamientos, así como la ya notada evolución del contenido jurídico de la propiedad, deben repercutir ostensiblemente cuando de unas propiedades de la Administración pública se trata. Si el

(124) Vid. S. MUÑOZ MACHADO: *Expropiación y jurisdicción*, IEA, Madrid, 1976, página 50.

(125) MUÑOZ MACHADO: *Op. cit.*, p. 57.

objeto es, por lo general, elemento necesario a tener en cuenta, nos parece perfectamente sostenible el plano *subjetivo* en la reconsideración de los axiomas clásicos en torno a las propiedades de las Administraciones públicas.

La consecuencia mediata de estos replanteamientos debe reconducirse al propio concepto de la Administración y su derecho específico, pero la consecuencia inmediata, una de las consecuencias inmediatas aparece ligada a la plenitud de la competencia jurisdiccional del orden contencioso-administrativo en materia de las propiedades públicas. Plenitud que incluye, desde luego, cualquier aspecto controvertido sobre la gestión y explotación de los bienes de dominio público, así como sobre la titularidad de los mismos, y por supuesto la declaración como tales de los bienes en que se juzgue pertinente su integración en la categoría de demaniales (126).

4. Otro de los aspectos en que se podría pensar para justificar la actitud de renuncia de los Tribunales contencioso-administrativos sobre las declaraciones dominicales públicas, al mismo tiempo que aquéllos *revisan* las recuperaciones demaniales o reintegros posesorios efectuados por las Administraciones públicas, como ya quedó señalado, se inscribe en el principio, ya normalizado jurisprudencialmente, de que los Tribunales de aquel carácter son competentes para enjuiciar y resolver si la Administración ha actuado *dentro de su competencia*. La indiscutible valía de este razonamiento nos obliga a formular algunas observaciones en torno a esta cuestión que puede transformarse en tópica, si no se apuran al máximo las enseñanzas y consecuencias a extraer de ello.

Conviene, en primer término, señalar que este principio supuso una importante conquista frente a la rigidez de la función contencioso-

(126) Por lo que respecta a la más cualificada de estas propiedades, el llamado dominio público, éste es el planteamiento de la doctrina y jurisprudencia francesas. Así, por todos, J. M. AUBY y R. DRAGO: *Traité de contentieux-administratif*, cit., I, pp. 388 y ss.

Dos decisiones recentísimas del Conseil d'Etat confirman esa opinión, bastante generalizada. La decisión *Epoux Provazza* de 15 de octubre de 1975, sostiene que un camino vecinal, afecto al uso público, que no ha sido objeto de desafectación, forma parte del dominio público, siendo irrelevante que determinados documentos catastrales lo declaren propiedad privada. La decisión *Société marine Côte-d'Argent et Couach*, de 8 de octubre de 1975, llega incluso a afirmar que ni cartas patentes del Rey, ni otros títulos jurídicos incluso anteriores al famoso «Edicto de Moulins» de 1566 —que declaraba inalienables los bienes de la Corona—, constituyen título suficiente para contravenir la demanialidad de determinadas zonas marítimas. (Hay referencias sucintas de estas decisiones en la «Revue du Droit Public et de la Science Politique» núm. 1, año 1976, pp. 378-379.)

administrativa al interpretar demasiado restrictivamente el artículo 1.º de la Ley jurisdiccional de 1956, especialmente en lo que se refería a la «sujeción al Derecho administrativo» de los actos de la Administración. Los Tribunales de lo contencioso-administrativo, como es sabido, solían declararse incompetentes incluso para *revisar* actuaciones de la Administración si esas actuaciones no estaban sujetas al Derecho administrativo (127). La quiebra de este cerrado y peligroso criterio se ha producido ya totalmente, y una consistente jurisprudencia viene ya afirmando sin resquicios, ante las reiteradísimas solicitudes de «inadmisibilidad» que plantea la Abogacía del Estado, que «corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa enjuiciar y decidir si el acto impugnado se encuentra o no comprendido dentro de las atribuciones propias de la Administración, con lo que se evita, como jurídicamente resulta ineludible, puedan consolidarse las decisiones tomadas por la misma con notoria extralimitación de sus facultades (128).

En principio, tal vez se podría encontrar ahí la justificación más atinada de la aparente contradicción que he dejado señalada más arriba. Es decir, los Tribunales contencioso-administrativos carecen de competencia para hacer una declaración dominical pública, pero poseen competencia para revisar las actuaciones de la Administración pública al recuperar o reivindicar bienes integrantes del dominio público. La explicación y la fórmula no dejaría de tener su atractivo si no fuera porque en seguida se plantean importantes dudas al respecto que

(127) Sobre este punto, J. A. BOLEA FORADADA: *Las cuestiones civiles y el proceso contencioso-administrativo*, en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 112, año 1964, pp. 715 y ss., y Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970, especialmente páginas 235 y ss. BOLEA FORADADA recoge alguna de las primeras manifestaciones jurisprudenciales en las que se puede constatar la ruptura del criterio clásico en favor de la competencia contencioso-administrativa para revisar si la Administración actuó dentro de sus competencias; así, por ejemplo, la sentencia de 19 de diciembre de 1962 (Sala 4.ª), donde se afirma: «... si bien el Tribunal Contencioso no tiene competencia para resolver una cuestión civil, si la tiene para declarar que carece también de ella un Ayuntamiento y que, por ende, es ilegal cualquier acuerdo de éste que se inmiscuya en atribuciones que la Ley no le confiere».

(128) Este párrafo corresponde a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª) de 22 de octubre de 1973 (*Aranzadi*, 4136), pero se repite, con estos u otros términos, en numerosas sentencias. Entre las más recientes, *vid.* las de 19 de enero de 1973 (*Aranzadi*, 354), 5 de julio de 1973 (*Aranzadi*, 3308), 5 de febrero de 1974 (*Aranzadi*, 711), 21 de marzo de 1974 (*Aranzadi*, 1435), 4 de mayo de 1974 (*Aranzadi*, 2288), etc. Todas ellas han sido dictadas como consecuencia de intromisiones de los órganos del Ministerio de Trabajo en relaciones jurídico-laborales de incuestionable índole privada y, por tanto, residenciables, en principio, ante la Jurisdicción laboral.

sólo pueden ser resueltas dentro de la perspectiva subjetiva de la Administración pública que se sostiene. El primero de los interrogantes que se nos plantean gira en torno a la naturaleza misma de la técnica reivindicatoria del demanio, que por otro lado, aunque con límites temporales, es aplicable al llamado patrimonio privado de las Administraciones públicas.

El segundo de los interrogantes se refiere inmediatamente al tipo de efectos, constitutivos o declarativos, no sólo de las decisiones administrativas continentales de una reivindicación demanial, sino incluso de los pronunciamientos jurisdiccionales, que, eventualmente, ratificasen con su revisión la corrección de tales reivindicaciones de bienes públicos.

En relación con la técnica de reivindicación —y abstracción hecha de su indudable carácter de mecanismo autotutelar conservativo (129)—, la doctrina más autorizada estima que se trata de un verdadero privilegio concedido a la Administración (130). Se trata de una verdadera competencia de las Administraciones públicas atribuido por el Ordenamiento, en función, precisamente, de la especial configuración jurídica que existe en la relación sujeto-objeto, y no sólo en función de las peculiaridades objetivas de los bienes públicos. De la imposibilidad de *objetivar* el que se considera régimen jurídico del dominio público da idea, por ejemplo, el dato simple de la subjetivización con que están concebidas las técnicas reivindicatorias de aquél, en cuanto que, aun siendo una idéntica categoría conceptual, son exactamente las mismas finalidades a cumplir —uso o, se dice, servicio público—, *los bienes demaniales del Estado* sólo son reivindicables por el procedimiento del reintegro posesorio precisamente por la Administración del Estado, así como los bienes de dominio público de las Corporaciones Locales, exclusivamente son recuperables por éstas, no existiendo posibilidad alguna de que aquélla recupere bienes demaniales de éstas o viceversa. La cuestión es paradójica, sobre todo cuando se trata de bienes —como, por ejemplo, las carreteras nacio-

(129) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La formación histórica del principio de autotutela de la Administración*, en la revista «Moneda y Crédito» núm. 128 (1974), volumen homenaje al profesor RUBIO SACRISTÁN, pp. 59 y ss.; *vid.* también J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Los recursos administrativos y económicos administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 1975, pp. 31 y ss.

(130) *Vid.*, por todos, CLAVERO ARÉVALO: *La recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales*, en el número 16 de esta REVISTA (1975), páginas 117 y ss., y los autores citados en nota precedente.

nales o provinciales— de idéntica naturaleza material y de la misma teleología funcional (131).

Pues bien, volvamos al punto de partida. Si se trata de una competencia de la Administración —salvo en lo que la jurisprudencia considera cuestión de fondo, esto es, en si los bienes sobre los que se ejerce dicho reintegro posesorio constituyen o no pertenencias del demanio—, la conclusión a la que llegamos es bien simple: la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa respecto a los supuestos de ejercicio de facultades reivindicatorias de la Administración, no puede explicarse con el principio de «la competencia de los Tribunales contencioso-administrativo para enjuiciar y resolver si la Administración pública ha actuado o no dentro de su competencia». En otras palabras, la regla de que los tribunales contencioso-administrativos poseen competencia jurisdiccional, aun en los supuestos de exención (por ejemplo, las llamadas cuestiones de índole laboral), para enjuiciar si la Administración actuó dentro de su competencia, no sirve para justificar por qué los Tribunales de aquel carácter entran a revisar las recuperaciones de bienes demaniales llevados a cabo por la Administración, negándose sin embargo a hacer declaraciones definitivas sobre la condición dominical de los bienes recuperados (132).

5. Otro punto sobre el que conviene hacer alguna breve observación es el de los efectos jurídicos producidos por las reivindicaciones demaniales y, eventualmente, por las sentencias de los Tribunales con-

(131) No me parece éste momento ni lugar apropiado para profundizar la idea esquematizada en el texto, aunque su propio planteamiento, valga como referencia, a nuestro juicio, para sostener la línea ideológica que preside la concepción subjetivista del Derecho administrativo llevada a sus últimas consecuencias. La especificidad del régimen jurídico del demanio, por razones exclusivamente objetivas, choca aquí con este singular planteamiento.

Cabe añadir ahora que en los supuestos de reintegro posesorio o recuperación administrativa ejercitada por las Corporaciones locales, respecto de los bienes demaniales, aparece prevista expresamente en nuestra legislación (art. 55 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955), como sucede para los llamados bienes patrimoniales del Estado (art. 8.º de la Ley del Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto de 15 de abril de 1964). Una depurada labor doctrinal y jurisprudencial ha logrado normalizar el procedimiento de reintegro posesorio para los bienes de dominio público de la Administración del Estado, según es bien sabido. *Vid.*, por todos, VÍCTOR MENDOZA OLIVÁN: *El deslinde de los bienes de la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, especialmente pp. 254 y ss.

(132) Resulta obvio, de todos modos, que los Tribunales contencioso-administrativos son competentes para examinar las incorrecciones jurídico-formales (regla de previa audiencia, ausencia de informes o dictámenes preceptivos, etc.) cometidas por la Administración reivindicante al ejercer sus indiscutibles competencias para ello. Pero esta cuestión es ajena por completo al fondo de lo que aquí se viene razonando, como veremos a continuación en el texto.

tencioso-administrativos al ratificar aquéllas. Si se acepta que los Tribunales de este orden se pronuncien jurisdiccionalmente en cuestiones de reintegro posesorio de los bienes de dominio público —y rechazamos la explicación meramente *competencial* ya analizada en el número anterior—, ¿cómo justificar los pronunciamientos jurisdiccionales sobre esas cuestiones?, ¿qué tipo de efectos jurídicos producen esas sentencias?; ¿no es, de alguna manera, una *declaración dominical* la que contienen las sentencias de los Tribunales contencioso-administrativos al proclamar el ajuste al Ordenamiento jurídico de las decisiones de la Administración pública reivindicando bienes demaniales? Las respuestas a estos interrogantes no son fáciles de dar ahora. A primera vista, y prescindiendo de la perspectiva jurídico-procesal, la aquiescencia del Tribunal contencioso-administrativo a una actuación administrativa ejercitando un reintegro posesorio o, si se prefiere, la declaración de conformidad al Ordenamiento jurídico de un acto administrativo de esta especie, produciría los efectos de una decisión judicial declarativa de que determinados bienes —los reivindicados administrativamente— constituyen pertenencias demaniales, *incluidos los efectos de la cosa juzgada*. Esto es muy importante y requiere un más detallado análisis, según veremos. Pero no cabe duda de que si el Tribunal contencioso-administrativo rechaza las pretensiones de anulación sostenida por un particular *interesado* en la cuestión —con independencia del porqué— y disconforme con la reivindicación administrativa, aparte de las posibilidades jurídico-procesales marginales (133), el o los efectos producidos por el fallo judicial incide en la naturaleza de los bienes objeto de controversia. *Prima facie*, el sí a la

(133) Me refiero, naturalmente, a toda la gama de fórmulas interdictales o de acciones reivindicatorias ante la Jurisdicción ordinaria. La sentencia de 10 de junio de 1974, ya citada, desestima una cuestión de inadmisibilidad planteada por la Abogacía del Estado sobre una supuesta incompetencia de jurisdicción. El Tribunal arguye que «declarar la inadmisibilidad supondría dejar eficaces y válidos los acuerdos recurridos de la Junta vecinal de Berlanga, aun remitiendo a las partes litigantes a la Jurisdicción ordinaria, que en méritos de la inadmisibilidad suscitada, en razón de la incompetencia de jurisdicción en que puede fundamentarse, es la única competente...». Los acuerdos, naturalmente, contenían una reivindicación demanial, que es ratificada por el órgano judicial. La sorpresa y la duda se origina cuando, después de aceptar esa recuperación administrativa, el Tribunal remite a los litigantes «a la Jurisdicción ordinaria, donde únicamente podrán resolver en forma definitiva el problema planteado».

La utilización de la frase «resolver en forma definitiva» parece dar a entender que la sentencia es *provisional*, de características similares a las fórmulas judiciales ordinarias de tipo interdictal. Sin embargo, nos parece totalmente inadecuado ese «trasplante de técnica» que no se encuentra contemplado por el planteamiento de nuestro sistema judicial contencioso-administrativo.

reivindicación administrativa prejuzga la condición dominical pública de los bienes reivindicados por la Administración. Por mucho que la jurisprudencia insista en sostener que la afirmación de la naturaleza pública o privada de unos determinados bienes es cuestión que compete exclusivamente a los Tribunales ordinarios, pienso que los pronunciamientos jurisdiccionales favorables a la reivindicación demanial constituyen un sólido argumento favorecedor de la condición jurídico-pública de los bienes recuperados mediante ese procedimiento.

Cierto que, a tenor de lo que puede presumirse desde una perspectiva estrictamente jurídico-positiva, esa anuencia de los Tribunales respecto de los reintegros *posesorios* podría interpretarse como pronunciamiento declarativo de situaciones posesorias de la Administración pública respecto de los bienes demaniales reivindicados, transfiriendo la carga de la prueba en contrario a los particulares que se considerasen con tenencia de títulos de mejor derecho, como el de propiedad. Pero nuestro Ordenamiento no reconoce la posibilidad de situaciones posesorias en los bienes de dominio público. Así, al menos, interpreta la doctrina por lo general el artículo 437 del Código Civil cuando afirma que «sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación» (134). Por otra parte, según vimos ya, es pacífica la doctrina que contempla la relación de titularidad dominical de la Administración pública respecto de los bienes demaniales (135). En definitiva, si faltan los títulos de propiedad

(134) *Vid.* en este sentido Luis Díez-Picazo y A. GULLÓN: *Instituciones de Derecho civil*, dos tomos, Ed. Tecnos, Madrid, 1973-1794. El tema lo tratan en el tomo II, página 61. De forma confusa, CASTÁN, en su *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, vol. I, 10.^a ed., Madrid, 1964, p. 483, explica por nota que «en las cosas de dominio público no existe posibilidad de posesión ni usucapión a favor de las particulares; pero esto no quiere decir que no puedan suscitarse, a propósito de ellas, cuestiones posesorias, y no puedan entrar en juego la posesión y los derechos derivados de ella, a favor del Estado y entidades públicas. La Administración —continúa— tiene, en cierto modo, una posición privilegiada en materia posesoria. Véase, por lo que se refiere a la facultad (poco justificada) que consuetudinariamente se atribuye a la Administración para recobrar por sí y sin necesidad de interdicto la posesión de sus bienes en el término de un año, a contar desde el acto de la usurpación...», etc. (aquí se remite a PRIETO CASTRO). No obstante, afirma que «cualquiera que sea la interpretación que se dé a este texto (art. 437 del Código civil) es indudable que quedan excluidas de la posesión las cosas públicas y sagradas, mientras estén afectadas al fin público o sagrado».

(135) El supuesto de los montes constituye una notable especialidad, dada la singularísima naturaleza de aquéllos. Me remito, por todos, a A. GUAITA: *Régimen jurídico-administrativo de los montes*, 2.^a ed., Santiago de Compostela, 1956, y del mismo autor, *Derecho administrativo especial*, tomo V, Zaragoza, 1970, concretamente pp. 225-229. Pese a la afirmación del artículo 10 de la Ley de Montes, de 8 de junio de 1957, GUAITA sostiene que el Catálogo de montes de utilidad pública «presume las dos cosas: la propiedad y la posesión» (p. 229).

necesarios para enervar la propiedad de la Administración pública sobre los bienes demaniales, o si se ha producido una *consunción jurídica* de los mismos por causas que el Derecho contempla —por ejemplo, la prescripción extintiva—, no hay más remedio que atribuir a la sentencia de los Tribunales contencioso-administrativos confirmando una reivindicación demanial el carácter *declarativo* que, desde el punto de vista jurisprudencial se le niega y convertir esas eventuales resoluciones judiciales en pruebas plenas de *demanialidad*. La configuración de verdaderos procesos que hay que predicar de los contencioso-administrativos, según el análisis llevado a cabo anteriormente, conduce a esta conclusión. A su vez, vale la pena no perder de vista que las consecuencias desprendidas de ello van a repercutir sensiblemente sobre las pretendidas categorizaciones objetivas de la «materia administrativa» como criterio de sustantivación del Derecho administrativo. Pero esa es, en este momento y a los efectos de nuestra investigación, cuestión muy secundaria.

6. Para finalizar, hay que aludir necesariamente a los efectos de la cosa juzgada, tal como anuncié anteriormente. Desde luego ésta es una cuestión capital que no ha escapado a la perspicacia de nuestros jueces contencioso-administrativos en el momento de remitir a la jurisdicción ordinaria la exclusiva competencia para decidir en las *cuestiones de índole civil*, con las que se pretende identificar a las declaraciones de titularidad dominical pública. En alguna de las sentencias antes mencionadas (136), se utiliza el argumento de que «la determinación de la condición dominical del terreno discutido sería una declaración jurisdiccional definitiva sobre ella, que podría originar una contradicción con otra sobre el mismo extremo dictada por la jurisdicción competente».

No parece forzado decir que este argumento lleva en sí mismo los gérmenes de su descalificación. La mecánica de la cosa juzgada se ha creado precisamente con unas finalidades muy concretas. Dejando de lado otras consideraciones de mayor alcance, el instituto de la cosa juzgada opera teleológicamente para evitar la duplicidad de pronunciamientos judiciales en relación con objetos y sujetos idénticos y para impedir declaraciones jurisdiccionales contradictorias (137). Ahora bien, la doctrina procesalista más autorizada estima que uno de los

(136) Por ejemplo, la de 10 de junio de 1974 (*Aranzadi*, 2857).

(137) Cfr., por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ: *La cosa juzgada en lo contencioso-administrativo*, núm. 8 de esta REVISTA (1952), pp. 67 y ss.

requisitos más importantes para que sea operativa la cosa juzgada es, precisamente, que la sentencia de la cual se deriva o la produce se haya dictado sobre el fondo del asunto (138). Ello significa, sin ir más lejos, que la eventual declaración jurisdiccional de los Tribunales contencioso-administrativos sobre la condición demanial de ciertos bienes (los reivindicados) podrían producir exactamente los mismos efectos, de cara al instituto de la cosa juzgada, que la decisión judicial que estima adecuado el Ordenamiento jurídico una recuperación administrativa de aquéllos. Dicho de otra forma, si los Tribunales del orden contencioso-administrativo, examinando una actuación reivindicatoria de la Administración pública con motivo de un recurso del o de los particulares legitimados, deciden la conformidad de la misma con el Ordenamiento, es porque los bienes reivindicados son públicos. La Administración pública no puede ejercitar sus potestades autotutelares en esta materia sobre bienes que no tengan dicha condición (el dato de la titularidad es aquí totalmente relevante) o, en caso contrario, existiría *vía de hecho* pura y simplemente (139). Parece elemental llegar a esta conclusión. Es más, en el supuesto de existir sentencia de la jurisdicción ordinaria sobre este extremo y haberse declarado en ella la hipotética propiedad de los bienes ahora reivindicados, no cabe duda de que los recurrentes en la jurisdicción contencioso-administrativa dispondrían de una prueba eficaz contra las actuaciones reivindicatorias de la Administración pública, y, por ende, para la satisfacción de sus *pretensiones*. Naturalmente, no se descarta la inclusión entre éstas de la solicitud de nulidad radical, como consecuencia de constituir actos de contenido imposible (140), además, como es obvio, de

(138) Vid. J. GUASP: *Derecho procesal civil*, tomo I, 3.^a ed., Madrid, 1968, páginas 557 y ss.; L. PRIETO-CASTRO: *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, 1968, páginas 563 y ss., y E. GÓMEZ-ORBANEJA-V. HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, I, 7.^a ed., Madrid, 1975, pp. 390 y ss. Hago notar que estos autores se refieren a la *cosa juzgada material* única que interesa a nuestro objeto, ya que la *cosa juzgada formal* no tiene relevancia en la cuestión que analizamos por razones obvias.

(139) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, IEP, Madrid, 1956, pp. 100 y ss.

(140) *Los actos de contenido imposible* son nulos de pleno derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 47 b) de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958. Ahora bien, el desarrollo jurisprudencial de la «imposibilidad de contenido de los actos administrativos» permanece todavía inédito, como recuerda Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en *La doctrina de los vicios*, cit., p. 244; lo mismo puede decirse del desarrollo doctrinal, porque, de acuerdo con lo dicho en el texto, tal vez pueda ser éste un típico supuesto de acto de contenido imposible, entendida la imposibilidad como *ideal* o *lógica*. Aquí es oportuno aludir al dictamen del Consejo de Estado de 1 de abril de 1965 (*Recopilación de doctrina legal*, tomo 1964-65, núm. 33, Madrid, 1969), que, junto a la llamada imposibilidad

demandar el reconocimiento de la situación jurídica individualizada que el derecho de propiedad conlleva.

A mayor abundamiento, vale la pena constatar que la excepción de cosa juzgada no podría utilizarse en estos supuestos, atendidas las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque no existen todos los requisitos imprescindibles —identidad subjetiva y objetiva, sobre todo—, para fundamentarla. Aun versando sobre el mismo objeto, está claro que difícilmente aparecería la identidad subjetiva que posibilita el manejo de este instituto. Esta es la opinión que sostiene la generalidad de la doctrina, al amparo de argumentos de muy variada índole. En lo que ahora me interesa, conviene hacer mención de que, a consecuencia de una interpretación rigorista y, en nuestro criterio, escasamente fundada, VIVANCOS estima que no produce cosa juzgada «la sentencia firme dictada por otra jurisdicción» (141). Con ello se produce la *compartimentación* jurisdiccional que, desde el punto de vista funcional, parece totalmente rechazable (142).

b) En segundo lugar, porque, salvo el difícil supuesto de que la Administración se colocara como parte demandante en un proceso del tipo de los examinados, el instituto de la cosa juzgada opera, según sabemos, en el pleito contencioso-administrativo como *regla de inadmisibilidad*, a tenor de lo dispuesto en el artículo 82, d), de la Ley Jurisdiccional. Como es obvio, si el Tribunal contencioso-administrativo declarase la inadmisibilidad de un recurso interpuesto por un particular, cuya alegación fundamental estuviera basada en una sentencia anterior de los Tribunales ordinarios que declaraba la propiedad privada de los bienes reivindicados luego por la Administración, la decisión de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo produciría unos efectos contrarios a la lógica ordinamental, obligando al particular de nuevo a requerir a la Justicia por la tutela de su legítimo derecho.

material o física, contempla la imposibilidad ideal o lógica. El dictamen, junto a un sucinto comentario, se recoge en GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., 2.ª ed., p. 408.

(141) E. VIVANCOS: *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*, Barcelona, 1963, p. 164. En el mismo sentido, PERA VERDAGUER: *Comentarios*, cit., p. 575.

(142) La reciente reforma —de 1971— del *Conseil d'Etat* belga, inspirada por un principio de reforzamiento de la competencia de este órgano frente a la *residualidad* que le caracteriza, otorga a sus *arrêts* fuerza de cosa juzgada. Cfr. Céline WIENER: «L'extension de compétences du Conseil d'Etat en Belgique», en la *Revue du Droit Public et de la Science politique* núm. 5, año 1973, pp. 711 y ss.

Consideramos que al establecerse la *cosa juzgada* como motivo de inadmisibilidad en el orden contencioso-administrativo, el legislador ha pensado solamente en lo que GUASP denomina «efectos negativos» de este instituto procesal. Advierte GUASP, en efecto, que al tratar de la «cosa juzgada» no debe pensarse sólo en una «mera repercusión negativa del fallo» (—imposibilidad de abrir un nuevo proceso sobre la misma materia—), sino en una verdadera función positiva (—imposibilidad de que en ningún nuevo proceso se decida de modo contrario a como antes fue fallado—). En cierta medida, pienso que resulta más garante y eficaz la función positiva que la negativa —en el sentido que da GUASP a estas expresiones— en la aplicación del instituto de la cosa juzgada (143).

Una excelente prueba de lo que aquí sostenemos la proporciona el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1959 (*Aranzadi*, 544). Resumo los hechos que dieron lugar al mencionado pronunciamiento. La Corporación de Prácticos del Puerto de Gijón-Musel fue sancionada por los órganos competentes del Ministerio de Trabajo con una multa, como consecuencia de acta de la Inspección de Trabajo, motivada por el impago de dicha Corporación de ciertos suplementos retributivos a sus empleados. La Corporación interpuso recurso extraordinario de revisión, conforme al Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Trabajo, contra el acuerdo de la Dirección General confirmatorio de la sanción y el ministro desestimó su recurso. La Corporación interpuso entonces recurso contencioso-administrativo ante la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, alegando, muy especialmente, incompetencia de jurisdicción y la *excepción de cosa juzgada*. En este punto radica la importancia de la sentencia, ya que el Tribunal, con un criterio de justicia material encomiable, rechaza las excepciones propuestas por la Corporación recurrente, y, sin embargo, al pronunciarse sobre el fondo del asunto, anula la sanción impuesta. Debo advertir que la excepción de cosa juzgada que alegaba la recurrente se basó en que por la jurisdicción laboral se resolvió favorablemente a aquélla, ante la reclamación del plus retributivo que plantearon los empleados, por lo que la Corporación no procedió al pago de las cantidades reclamadas. El acta de la Inspección de Trabajo y la consiguiente sanción administrativa recaían, por tanto, pese a la sentencia de la jurisdicción laboral favorable a la Corporación, en esta última. Los

(143) Cfr. Jaime GUASP: «Límites temporales de la cosa juzgada», en el *Anuario de Derecho Civil*, tomo del año 1948. Reojo la transcripción de GONZÁLEZ PÉREZ: *La cosa juzgada*, cit., p. 95.

considerandos de la sentencia contencioso-administrativa que interesa destacar decían lo siguiente:

«Que en cuanto a la excepción de cosa juzgada, que por aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil, se aduce en el escrito de demanda es también clara la procedencia de su denegación, porque basada en que por la jurisdicción laboral fue resuelta la inexistencia de obligación de pago del plus por trabajos nocturnos a los amarradores del puerto, tal resolución habrá de ser tenida en cuenta, a los efectos de determinar si existe o no la infracción que ha sido sancionada con la multa, pero es obvio que no puede existir la identidad que se pretende entre la resolución de la jurisdicción laboral dicha y la de la Administración que en estos autos se impugna, atinente a la imposición de una multa, de todo lo que resulta patente que la cuestión que aquí se debate ni ha sido juzgada ni podía haberlo sido por la jurisdicción laboral (...). «Que aun cuando sea cierto que las jurisdicciones contenciosa laboral y la gubernativa de la propia índole puedan entender y entender, dentro de su función peculiar, en materias de competencia y por ello exista independencia entre los procedimientos judiciales y administrativos, no puede olvidarse que en el presente caso la jurisdicción contenciosa laboral, en un conflicto entre patronos y obreros, en esta ocasión, entre la Corporación de Prácticos y el personal de amarradores del puerto de Gijón-Musel, en aplicación de unas normas vigentes a la sazón, dictó una sentencia precisamente en interpretación y cumplimiento de dichas normas desestimando la demanda interpuesta por el citado personal y declarando la inexistencia de obligación por parte de la Corporación de Prácticos al abono del suplemento de remuneración que aquéllos reclamaban, y resultaría notoriamente injusto que, cuando acatando el expresado fallo, promovido precisamente por los mismos amarradores, no se satisface dicho suplemento, la Administración levante acta de infracción a quienes, amparados por una resolución judicial, estiman de buena fe cumplir las normas laborales,

que la Administración tiene facultad para variar o precisar para lo sucesivo si lo estima oportuno, pero cuya eficacia, según la interpretación decidida por órgano jurisdiccional competente, no pueda ser interferida para, en base de una supuesta infracción, llegar a la imposición de sanciones, lo que además conduciría a un estado de inseguridad jurídica totalmente inadmisibles y evidentemente perjudicial para el normal desenvolvimiento de las actividades laborales.»

Prescindiendo del juicio que merecen las razones técnicas esgrimidas, no cabe duda de que el planteamiento y la solución definitiva de la cuestión controvertida que esta sentencia adoptó, resultan intachables. Es cierto que el trasfondo del litigio esconde, en realidad, problemas importantes relacionados con la competencia administrativa en sectores no plenamente justificada, pero no lo es menos que aquellos planteamientos y solución adoptados podrían extenderse a multitud de ámbitos (orden público, prensa, etc.), en los que el deslinde competencial se halla todavía muy borroso. En general, casi todo el planteamiento de la potestad sancionadora de la Administración adolece de problemas similares en muy distintos sectores (144).

Pues bien, a la vista de lo expuesto cabe concluir diciendo que la *permeabilidad* del instituto de la cosa juzgada en relación con órdenes jurisdiccionales distintos es mucho más que dudosa. Por eso resulta absurdo y poco coherente utilizar el argumento de las sentencias contradictorias para justificar el «imposible» pronunciamiento jurisdiccional definitivo de los Tribunales contencioso-administrativos sobre la condición dominical pública de determinados bienes. Una sentencia de los Tribunales de Justicia ordinarios que decidiera un litigio a favor de un propietario de determinados bienes constituiría una evidente prueba documental en el pleito contencioso-administrativo planteado contra una actuación *reivindicatoria* de la Administración pública respecto de aquellos bienes. En la práctica, tal sentencia jugaría idéntico papel al de la escrituración pública de los bienes (caso, naturalmente, de no existir alteraciones *jurídicas* aportables como prueba). Faltando ambas—sentencia y título jurídico—o cualesquiera otros medios de prueba, y a tenor de lo analizado hasta aquí, creo

(144) Véase al respecto, y por todos, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO: «Sanciones penales y sanciones gubernativas», en el vol. colectivo *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 9 y ss.

que no existen razones jurídicas suficientes para imposibilitar el pronunciamiento *definitivo* de los Tribunales contencioso-administrativos sobre la condición demanial de cualesquiera bienes. Me remito, una vez más, a lugar anterior en el que se ha examinado ampliamente el proceso de judicialización y sus efectos en el sistema contencioso-administrativo.

7. Por otra parte, y a efectos prácticos de la protección del demanio, esta solución exoneraría a las Administraciones públicas de la perturbadora *carga de la prueba* en vía judicial ordinaria. A la hora de defender los bienes que integran el «dominio público», gran parte de los cuales, si bien gozan en principio de idéntica protección que los de propiedad privada (145), tienen graves dificultades para su tutela privilegiada y excepcional—la prueba, por ejemplo, del efectivo carácter dominical del bien (146)—, la mejor protección del demanio y de sus muy diversas dependencias depende o suele depender del respetuoso aquietamiento de los usurpadores en potencia. Pienso fundamentalmente, a la vista del equívoco y erróneo planteamiento del Derecho español, que ese «respetuoso aquietamiento» ofrece más garantías que el propio ejercicio del derecho-deber de tutela por parte de las Administraciones públicas. El equívoco de las concepciones *objetivistas* o materiales del Derecho administrativo se muestra en este sector con toda su rotunda insuficiencia. Una supervivencia «histórico-doctrinal» que no satisface y que, sin embargo, continúa desplegando sus perturbadores efectos desde su cómodo asentamiento en el texto jurídico-positivo, no tiene más porvenir que el que se le augura en la interpretación jurisprudencial, hoy por hoy de indiscutible valor normativo. La dicotomía cuestiones administrativas-cuestiones de propiedad, idea básica sobre la que reposó el control de la Administración en la etapa decimonónica, es ya totalmente inservible en la actualidad. En un sentido amplio, las intervenciones de la Ad-

(145) Pese a la afirmación del texto, conviene hacer mención de las vacilaciones doctrinales—y del Derecho positivo—respecto al tipo de propiedad de la Administración sobre el demanio. Como afirma DENOYER (*L'exploitation*, cit., páginas 26 y ss., y 50 y ss.), esta propiedad, admitido que lo sea, no es la propiedad ordinaria, sino una *propiedad por afectación*, lo que determina que, junto a *prerrogativas* de la Administración pública para su defensa, haya también *limitaciones* excepcionales. En el mismo sentido MARIENHOFF: *Tratado del dominio*, cit., páginas 84 y ss. De todos modos, sobre esta ardua cuestión, vid. J. LALINDE ABADÍA: «El dominio público como paralogsimo histórico en España», en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, IEA, Madrid, 1974, pp. 451 y ss.

(146) Cfr. MARIENHOFF, entre otros autores que han destacado la idea: *Tratado...*, cit., p. 275.

ministración pública en cuestiones de expropiaciones forzosas, ruina o derribo de edificios, asuntos urbanísticos en general, marcas, patentes o modelos de utilidad, concentraciones parcelarias, viviendas protegidas o «sociales», concesiones administrativas, sacrificios obligatorios de ganado, montes «particulares», acotados de caza, patrimonio histórico-artístico, etc., inciden en cuestiones de propiedad y, en buena medida, habría que residenciar los recursos contra aquélla en la Jurisdicción ordinaria, caso de interpretar con rigor literal el artículo 2.º, a), de la Ley de lo Contencioso-administrativo. El artículo 9.º de la Ley de Montes, de 8 de junio de 1957, está redactado, por cierto, bajo la influencia de aquél (147). Más sorprendente resulta el artículo 114, párrafo 3.º, de la nueva Ley de Minas, de 21 de julio de 1973, que otorga *carácter administrativo* incluso a «las cuestiones que se planteen entre los titulares de derechos mineros o entre ellos y terceros afectados, con motivo de colisión de intereses, por incompatibilidad de trabajos, deslindes, superposiciones, rectificación de perímetros de demarcación o de protección e intrusión de labores» (148).

Estas perspectivas resultan verdaderamente complejas y escasamente útiles de cara a la plenitud jurisdiccional de las actividades de la Administración. En un planteamiento más general, convendría reconsiderar todo lo que se refiere a la pretendida especificidad del régimen jurídico-administrativo —del Derecho administrativo, en suma— fuera del criterio *subjetivista* que antes se propugnó. Pero a los fines de esta investigación lo interesante ha sido comprobar cómo la subsistencia de los viejos criterios *objetivistas* o del carácter

(147) «... las reclamaciones sobre inclusión o exclusión de los montes del Catálogo que ena... entidades afectadas y no se refieren a cuestiones de propiedad, posesión o cualesquiera otros de carácter civil, tendrán carácter administrativo y se ventilarán ante la jurisdicción contencioso-administrativa.»

(148) Sin pretender ahora más que hacer una superficial mención, también vale la pena citar el artículo 4.º, 2.º de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada por la Ley de 17 de marzo de 1973. Este precepto ofrece una curiosísima muestra del confucionismo conceptual que puede originar la caracterización puramente material que rechazamos, ya que el «carácter administrativo» de un contrato celebrado por la Administración (de contenido patrimonial, préstamo, depósito, transporte, etc.) depende: a) de que así lo declare una Ley; b) de que esté vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público, y c) de que revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato.

Excluyendo la primera, aun con todas sus connotaciones juridico-positivistas, no cabe duda que las otras dos razones constituyen un ejemplo notable de la inutilidad y falta de consistencia de los criterios conceptuales *objetivos*. Sobre el tema, en concreto, me remito a la crítica de GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., 2.ª ed., pp. 473-475, especialmente.

material de las cuestiones litigiosas, son inservibles para responder al reto de una plenitud jurisdiccional en relación con los actos de la Administración. El ejemplo de la «justiciabilidad» de los bienes de dominio público ofrece, como otros muchos, suficiente claridad como para propugnar el replanteamiento de algunos dogmas clásicos y el abandono de determinados tópicos iuspositivistas que no satisfacen las necesidades actuales. El remedio de la unidad de jurisdicción para las Administraciones públicas es, desde luego, perfectamente válido respecto a la cuestión concreta que nos ha ocupado en este trabajo. Contra la dualidad de jurisdicciones se ha manifestado gran parte de la doctrina del presente. Uno de los autores pioneros fue J. A. GARCÍA TREVIJANO FOS, que en su conocido trabajo *Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España* (149), llegó a propugnar que se residenciara en la Jurisdicción Contencioso-administrativa todas las «controversias en que fuera parte la Administración pública *subjetivamente* considerada».

Naturalmente que para llegar a semejante logro, deben replantearse seriamente gran parte de los postulados dominantes, a nivel conceptual y a nivel de precepto jurídico-positivo, en el panorama ordinamental español. Por ejemplo—y conste que menciono uno de los aspectos menos importantes—, el problema de las costas procesales, ligado con el riesgo ahora evidente de que el proceso contencioso-administrativo sirviera para dilucidar conflictos de intereses particulares, al no hallarse perfectamente deslindadas las zonas de actuación de las Administraciones públicas y las zonas típicamente *privadas*. Pero, insisto, éste es uno de los postulados dominantes—conectado con el equivoco planteamiento del principio de subsidiariedad— a reconsiderar (150).

(149) Publicado en el núm. 34 de esta REVISTA (1961), pp. 293 y ss.

(150) Tal vez apuntan en esa línea los intentos doctrinales en Francia e Italia. En la doctrina francesa, me remito por todos a Frank MODERNE: «Nouvelles difficultés pour la notion de "rapports de droit privé" comme critère de compétence judiciaire», en *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, año 28 (1970), octubre, pp. 523 y ss., y, desde otro planteamiento, Jean ROCHE: «Les exceptions à la règle de la décision préalable devant le juge administratif», en los *Mélanges* ofrecidos a M. WALINE, tomo II, pp. 733 y ss. En Italia, G. MIELE: *L'état actuel de la justice administrative*, en la «Revista Internacional de Ciencias Administrativas», tomo XXXVII (1971), núms. 1-2, pp. 62 y ss.; pero, sobre todo, G. BERTI: *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, en la «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico» núm. 4 (1972), pp. 1861 y ss., donde este autor mantiene que «el juicio administrativo tiende a presentarse, más que como juicio exclusivo, como juicio único y pleno de las relaciones entre individuos y Administraciones públicas» (p. 1868). No obstante, reconoce que el planteamiento le-

En tanto no llega esa deseable unidad de jurisdicción, y según las opiniones mantenidas a lo largo de esta investigación, no creo haya inconvenientes serios para admitir que los Tribunales contencioso-administrativos son perfectamente competentes para hacer declaraciones dominicales públicas con carácter definitivo. El dominio público quedaría así mejor protegido, contando, claro está, con una Administración reivindicante, ágil y dispuesta para evitar la usurpación de dependencias demaniales que ha adquirido, por unas o por otras causas, caracteres realmente graves.

gislativo no discurre en esa dirección, como lo demuestra, recientemente, la configuración funcional de los *Tribunales administrativos regionales* (pp. 1893-1894, y *passim*). Finalmente, MIELE ha cuidado de la recopilación de las ponencias presentadas en el Congreso conmemorativo del Centenario de las Leyes administrativas de unificación italiana, sobre el tema de la *Giustizia amministrativa* (título del volumen), con trabajos de BACHELET, STANCANELLI, NIGRO, OTTAVIANO, BERTI y otros. El volumen ha sido editado por Neri Pozza, Milán, 1968. Particularmente interesante es la aportación de MIELE: «La giustizia amministrativa», pp. 11-38.