

CONSIDERACIONES SOBRE LA AFECTACION DE BIENES AL SERVICIO PUBLICO A PARTIR DE LAS LLAMADAS AFECTACIONES «A NON DOMINO»

POR

JOSÉ ESTEVE PARDO

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Momento y forma en que ha de entenderse producida la afectación:* 1. Afectación al servicio público de bienes de la Administración. 2. Afectación de bienes privados al servicio público. 3. Las afectaciones a non domino. 4. La afectación admitida únicamente en virtud de una declaración formal. Posibles disfunciones.—III. *Afectación y cláusula de reversión.*—IV. *Control judicial de la afectación.*—V. *Sobre la naturaleza de la afectación de bienes de propiedad privada al servicio público:* 1. La afectación como derecho real *in faciendo*. 2. La afectación como derecho real *in re aliena*. Su posible consideración como objeto del demanio.—VI. *La afectación «a non domino». Redefinición del marco en que puede producirse.*—VII. *Posibles remedios a las afectaciones «a non domino»:* 1. Remedios judiciales. En particular, las tercerías de dominio. 2. Remedios preventivos. 3. Remedios sustitutorios.

I. PLANTEAMIENTO

La afectación de bienes al servicio público tiene, como es bien sabido, una gran trascendencia por cuanto los sitúa en un orden o régimen jurídico singularizado, entre otros aspectos, por la protección que se les dispensa frente a pretensiones de terceros; protección que se concreta en el otorgamiento de una valoración preeminente siempre y excluyente en muchos casos de la afectación de bienes al servicio público frente a derechos cuyo ejercicio pudiera derivar en una sustracción o desvío de los bienes que incidiera negativamente en la prestación continuada y regular del servicio (1); prin-

(1) Como se sabe, en el caso de los bienes afectos a un servicio público no cabe el embargo de los mismos. Se trataría de un conflicto de afectaciones: la propia del embargo judicial, que tendría una función de garantía patrimonial del derecho del accionante, y la enderezada a la prestación regular del servicio; esta última prevalece sobre la afectación que el embargo entraña y, en general, con cualquier otra que fuese incompatible con el destino de los bienes a la prestación del servicio público. La caracterización del embargo como afectación ya era desarrollada por CARRERAS en su obra, que sigue siendo fundamental, *El embargo de bienes*, Madrid, 1957. Concretamente considera como núcleo esencial del embargo la «afección de bienes a la ejecución», pág. 271; más extensamente, en págs. 128 y ss.

cipio este último —el de continuidad de los servicios públicos— en el que se ha fundamentado y justificado el régimen de efectos que la afectación comporta (2).

Las consecuencias de la afectación, aun siendo sustancialmente las mismas, tienen, cabe decir, una desigual repercusión en base al dato de la titularidad sobre los bienes: según las características que concurren en el sujeto propietario de los bienes serán posibles distintas situaciones, conflictos en su caso, en que puede desembocarse por la afectación de aquéllos al servicio público. Para ilustrar mínimamente esta observación resulta ineludible presentar las diferentes posibilidades que, en base al componente subjetivo de la titularidad sobre los bienes afectos, pudieran producirse.

Es posible, primeramente, distinguir entre bienes afectos al servicio propiedad de la Administración y bienes afectos de los que son propietarios sujetos privados. En ambos casos cabe, a su vez, apreciar la presencia de supuestos diferenciados.

A) Así, con relación a los bienes propiedad de la Administración, puede darse el caso de que siendo inicialmente de dominio público resulten afectados a la prestación de un servicio o bien que tales bienes tuviesen el carácter de patrimoniales; en este segundo supuesto la afectación de los mismos al servicio público tendría un efecto constitutivo en cuanto implicaría el cambio de *status* jurídico de los bienes al conferirles la condición de demaniales (3).

(2) Con plena convicción, así lo entienden ARIÑO (*La afectación de bienes al servicio público*, Madrid, 1973) y SALA ARQUER (*El principio de continuidad de los servicios públicos*, Madrid, 1977).

(3) A. CARRETERO PÉREZ (*La expropiación forzosa de concesiones administrativas y de empresas mercantiles*, «RDAF», núm. 10, 1965, pág. 11), al referirse a «los bienes de la Administración afectos a la explotación», distingue entre bienes de dominio público y de propiedad privada de la Administración, sin mayores precisiones. Esta distinción es, desde luego, cierta con anterioridad a la afectación, pero no parece que pueda mantenerse una vez ésta se ha producido por cuanto a partir de ese momento los bienes que eran patrimoniales de la Administración pasan —precisamente por estar destinados a la prestación de un servicio público— a tener la consideración de demaniales. Así lo entiende también J. A. LÓPEZ PELLICER cuando precisa que «en la afectación de bienes a un servicio público objeto de concesión, cabe distinguir dos grupos o clases de bienes posibles: los bienes públicos o de propiedad de la Administración, que forman parte del dominio público, por un lado, y los bienes de propiedad privada del concesionario o, incluso, de un tercero» («La concesión de servicios locales», en la obra *La concesión administrativa en la esfera local*, Madrid, 1976, pág. 161). Obsérvese cómo este autor, acertadamente, a mi juicio, afirma que los bienes afectos propiedad de la Administración son de dominio público sin que admita la presencia de bienes patrimoniales. En el mismo sentido, A. SÁNCHEZ BLANCO (*La afectación de bienes al dominio público*, Sevilla, 1979, págs. 33 y ss.) y GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II,

Puede, también en este punto, establecerse una segunda distinción atendiendo a la combinación de la titularidad sobre los bienes y la titularidad sobre el servicio, que pueden darse al tiempo en una misma Administración, o encontrarse disociadas por ser un ente administrativo el titular de los bienes y otro el titular y responsable del servicio (4). Resulta igualmente factible que bienes de dominio

7.ª ed., Madrid, 1985, págs. 503 y ss.). En todo caso, sólo en base a una gradación de la intensidad de la afectación según la necesidad, absoluta o relativa, del bien para la prestación del servicio podría admitirse que con relación a algunos de ellos la nota de la demanialidad no estaría justificada (vid. GARRIDO, *Tratado...*, cit., págs. 504 y ss., y STORAT, *La notion d'affectation en matiere domaniale*, «RDP», 1958, en especial págs. 889 y ss.).

Bienes de dominio público de la Administración y bienes privados afectos al servicio se encuentran, en cualquier caso, sujetos a un régimen jurídico similar en la medida en que resultan indisponibles —con los efectos que esto conlleva— en tanto no se produzca su desafectación. La distinción formal entre bienes privados y demaniales parece que carece, en la práctica, de entidad y sólo se justificaría en base al dato de la titularidad administrativa sobre unos bienes como condición necesaria para otorgarles el carácter de demaniales. A esta concepción, que arranca de HAURIOU en contra de la anterior postura de PROUDHON, se le pueden observar en la actualidad ciertas inconsistencias localizadas tanto en el supuesto que aquí contemplamos —bienes privados afectos a un servicio público que tienen por ello un régimen paralelo al demanial— como en el que cabría considerár como caso opuesto: la aportación de bienes de dominio público a entes de naturaleza privada como pueda ser una sociedad mercantil. Problema este último que se ha puesto de manifiesto en toda su intensidad con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12-IX-1985, que no ha pasado inadvertida, centrándose ya en ella estudios muy atinados (vid. F. ROMERO HERNÁNDEZ, *La Empresa Privada Municipal y los bienes de servicio público*, «REDA», núm. 47, pág. 377, y P. MENÉNDEZ, *Sociedad Privada Municipal y aportación de bienes de dominio público*, «REDA», núm. 47, pág. 419). Es el caso también de las sociedades estatales contempladas en el Estatuto de Radio y Televisión, que, reconociendo enfática y reiteradamente su forma privada de personificación y el sometimiento pleno en su actuación al derecho privado, establece, de forma contradictoria pero inequívoca, que todo su patrimonio tendrá la consideración de dominio público (vid. un estudio crítico sobre esta regulación en J. ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico-administrativo de la Televisión*, Madrid, 1984, págs. 315 y ss.). Este tipo de problemas, en muy buena parte motivados por el mantenimiento a ultranza del dogma de la titularidad administrativa sobre los bienes de dominio público, ha movido a nuestra doctrina a poner su atención en la teoría germánica de las *öffentliche Sache*, construida en base no al dato de la titularidad, sino sobre el concepto de «cosa pública», en el que la idea de afectación tiene una influencia determinante. Ya se refería a esta concepción ARIÑO al estudiar las afectaciones de bienes privados al servicio público (*La afectación...*, cit., págs. 32 y ss.), y sobre ella se vuelve ahora (vid., sobre todo, la interpretación —presentando las posibilidades de aplicación a nuestro sistema— que de las tesis de MAUNZ sobre la cosa pública hace PAREJO ALFONSO en su estudio *Dominio público. Un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, núms. 100-102, vol. III, de esta REVISTA, págs. 2379 y ss.), a la vista también de los problemas planteados por la aportación de bienes demaniales a entes que están personificados y actúan de acuerdo con el régimen jurídico privado (vid. ROMERO HERNÁNDEZ, *La Empresa Pública Municipal...*, en especial págs. 388 y ss.).

(4) Cuestión ésta tratada ya con agudeza en el conocido trabajo de GARCÍA-TREVIJANO, *Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español*, núm. 29 de esta REVISTA.

público de la Administración sean utilizados por un particular para la prestación de un servicio público del que es titular esa misma u otra Administración pública (5).

B) Respecto a los bienes de propiedad privada afectos al servicio público, puede darse el caso de que pertenezcan al propio gestor del servicio o que la titularidad sobre los mismos corresponda a un tercero (6), siendo fundamentalmente este último supuesto el que centre la atención del presente trabajo.

Hay, no obstante, entre estas dos opciones o posibilidades fundamentales —bienes bajo la titularidad de la Administración o de propiedad privada— un supuesto que pudiera considerarse intermedio, y es el que se da cuando bienes de propiedad privada están sujetos a reversión en favor de la Administración titular del servicio. Entender que se trata de un supuesto intermedio o, cuanto menos, ambiguo parece del todo justificado si se tiene en cuenta que son bienes de propiedad privada antes de la incorporación al servicio y quedan bajo la titularidad de la Administración al finalizar la concesión. Esta circunstancia hace que la situación jurídica de estos bienes, por lo que a la titularidad respecta, sea objeto de controversia (7) en la que no parece oportuno mediar aquí, sin perjuicio de que más adelante volvamos a referirnos a esta cuestión, pero desde una perspectiva particularizada.

Se centrará este trabajo en la afectación al servicio público de bienes privados para ir desde ahí decantándonos hacia el estudio del caso en que esos bienes no sean propiedad del gestor, sino de un

(5) Esa utilización por un sujeto privado se canaliza de ordinario a través de una concesión demanial, con lo que pueden producirse situaciones, con una considerable y constatada carga conflictiva, de concurrencia de dominio y de servicio público —con titularidades en favor de Administraciones distintas—, cuyo análisis no parece pertinente desarrollar aquí. Puede verse sobre ello el planteamiento que del problema hace ARIMANY LAMOGIA en *La reversión de instalaciones en la concesión administrativa de servicio público*, Barcelona, 1981, págs. 63 y ss.

(6) O que ostentando el gestor la nuda propiedad sobre los bienes afectos se constituya sobre los mismos un derecho real de garantía en favor de un tercero, o que existiera sobre el bien un *iura in re aliena* cuya titularidad correspondería, lógicamente, a un sujeto distinto del propietario.

(7) La doctrina francesa ha distinguido aquí entre *biens de retour*, que pasan gratuitamente a la Administración al extinguirse la concesión, pero que desde el inicio de ésta se consideran ya propiedad administrativa, y los *biens de reprise*, que pueden devenir propiedad de la Administración concedente mediante la correspondiente indemnización (vid. J. DUFAY, *Les concessions de service public*, París, 1979, págs. 137 y ss.; más recientemente, COUDEVILLE, *Les concessions de service public des collectivités locales*, París, 1983, págs. 83 y ss.). La distinción era recogida ya en su integridad por GARRIDO FALLA —siguiendo a LAUBADERE— en *Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de servicios*, núm. 45 de esta REVISTA, 1964.

tercero. Son las que se han venido a llamar afectaciones *a non domino*. Se trata de un supuesto que, por la tensión potencial que encierra, pone a prueba el concepto mismo de afectación, su naturaleza y régimen jurídico; por ello su estudio nos será de utilidad para desarrollar unas consideraciones de mayor alcance sobre la afectación.

II. MOMENTO Y FORMA EN QUE HA DE ENTENDERSE PRODUCIDA LA AFECTACIÓN

Es ésta, sin duda, una cuestión fundamental por cuanto de su resolución depende la aplicación, a un bien determinado o categoría de ellos, del régimen jurídico que la afectación comporta. No obstante, las soluciones ofrecidas —por las vías que para ello se han seguido y las consideraciones que las han presidido— no parecen satisfactorias.

Y es que para determinar el momento y la forma en que la afectación se produce no se ha partido de la naturaleza, características y funcionalidad de ésta —que, en principio, serían los datos a tener en cuenta de forma prioritaria—, sino que se han considerado en primer término, y casi exclusivamente, el régimen de efectos que la afectación conlleva. Para ser más exactos: no es propiamente el régimen de los bienes afectos el que ha condicionado la resolución a la cuestión planteada. Los efectos jurídicos primarios, por así llamarlos, de la afectación son sustancialmente los mismos. Detenernos en ellos no entra en los objetivos de este trabajo; baste destacar aquí como nota medular de ese régimen la de la indisponibilidad de los bienes al margen del destino al que la afectación se endereza, con todas las concreciones que ello pudiera tener (8). No es, repito, ese régimen propio de esos bienes el que ha centrado la cuestión y condicionado sus soluciones, sino los efectos secundarios, reflejos, si se

(8) Tanto para el propietario, que no podrá disponer del bien si no es para la prestación del servicio, como para terceros, que en ningún caso podrán embargarlo ni adquirirlo por cualquier vía en la medida que eso suponga una separación del destino que la afectación impone. Sobre el sistema de efectos de la afectación de bienes privados, vid. ARIÑO, *La afectación...*, cit., págs. 67 y ss. La indisponibilidad es igualmente el principio básico del régimen de los bienes demaniales; así lo entienden, de forma inequívoca, R. PAREJO GÁMIR y J. M. RODRÍGUEZ OLIVER, en *Lecciones de dominio público*, Madrid, 1976, y de esta característica fundamental extraen otras notas que son su concreción, como la inalienabilidad, imprescriptibilidad o inembargabilidad (*Lecciones...*, cit., págs. 30 y ss.).

quiere, que ese régimen tiene en las diferentes situaciones o contextos jurídicos en que la afectación puede producirse. Y estas diversas situaciones se singularizan y distinguen entre ellas en base fundamentalmente al dato de la titularidad y en función del número y calidad de los sujetos con derechos, expectativas o intereses sobre los bienes (9).

Y lo que fundamentalmente se ha valorado —lo que ha sido objeto de medición— en cada una de estas situaciones —conformadas, como se ha destacado, en base al componente subjetivo— es la carga conflictiva, real o potencial, que pudiera darse en las mismas al producirse la afectación de un bien. Esta consideración ha sido, en definitiva, la que, conscientemente o no, viene presionando con más intensidad a jurisprudencia y doctrina en *sus respuestas* a la cuestión de cuándo y cómo debe entenderse producida la afectación al servicio público. Porque —y esto es algo a destacar, creo que negativamente, desde una perspectiva crítica— no se ha dado una única respuesta sobre la base de la naturaleza de aquélla, sino una respuesta para cada caso, dependiendo, repito, de la incidencia que la afectación pudiera tener en los sujetos con derechos o intereses en juego.

La que sí puede advertirse constante y única ha sido la ecuación adoptada para resolver la cuestión. Muy sencillamente presentada, ésta: a mayor conflictividad o repercusiones traumáticas que puedan derivarse de una afectación, más ha de apurarse en lo que se refiere a elementos formales, de certeza jurídica y garantías, en fin, para que aquélla se entienda producida. Recíprocamente, si la carga conflictiva es real o previsiblemente muy baja o nula no será necesario prestar especial atención al momento y forma en que la afectación se constituye. Así, en el primer caso se exigirá la determinación formal, documental preferiblemente, de la afectación, mientras que en el segundo podrá admitirse sin reservas la afectación en virtud de un hecho.

Semejante actuación —aunque, repito, asumida con frecuencia de forma inconsciente— me parece incorrecta, pues conduce a conclusiones que —en cualquier caso y sin entrar en otras disfunciones— vienen a desvirtuar la naturaleza misma de la afectación. Pues,

(9) Desde la posición de estos sujetos, esos efectos derivados del régimen de la afectación no tienen, obviamente, ese carácter reflejo, sino directo, en la medida en que inciden en su particular esfera jurídica.

en definitiva, a lo que se llega es a entender que lo constitutivo de la afectación —concepto en principio unitario— es, en unas situaciones determinadas, una declaración documentada y, en otras, simplemente un hecho.

Verifiquemos estas apreciaciones en los supuestos que han sido tradicionalmente objeto de atención.

1. *Afectación al servicio público de bienes de la Administración*

Una primera situación vendría configurada por ostentar en ella la Administración la titularidad sobre los bienes y, al mismo tiempo, sobre el servicio al que éstos se afectan. Tras ésta, tras la afectación, los bienes quedan sujetos a un régimen protector que sería el propio de la demanialidad, pues se da ésta, con diversas matizaciones, por la conjunción de la titularidad administrativa sobre un bien y afectación del mismo al uso o servicio público (10). En cualquier caso, lo que aquí nos interesa destacar es la escasa o nula carga conflictiva que en este supuesto se percibe, y ello se explica en buena parte por la presencia de un solo sujeto: la Administración, titular del servicio al que quedan afectos los bienes y titular también de éstos, antes y después de la afectación. No cabe, por ello, una tensión intersubjetiva, y por ello la escasa conflictividad de este supuesto se vería, todo lo más, reducida al ámbito interno (11).

Consecuencia de ello —de la escasa carga conflictiva que en esta situación se advierte— ha sido la flexibilidad con que se admite puede producirse la afectación: junto a otras formas posibles, se reconoce sin especiales reparos la afectación en virtud de un hecho como es la incorporación física al servicio (12). Como, en definitiva, las

(10) La propiedad de la Administración sobre el bien como nota inexcusable para otorgarle la condición de demanial es predicada con carácter absoluto por GARRIDO FALLA, *Tratado...*, vol. II, cit., págs. 509 y ss., y, con mayor convicción, en el sólido estudio de CLAVERO ARÉVALO, *La inalienabilidad del dominio público*, núm. 25 de esta REVISTA, 1958, en especial págs. 32 y ss. Se ha advertido ya —vid. nota 3— cómo en la actualidad se cuestiona, relativizándola, la necesidad de que sobre un bien ostente la Administración un derecho de propiedad para que pueda entenderse que el mismo se integra en el demanio; en consecuencia con este planteamiento, se tiende a destacar como determinante y definitivo el dato de la afectación. Sobre este punto volveremos más adelante.

(11) Posibles tensiones interorgánicas o cambios de criterio de la Administración que se canalizarían a través del cauce previsto en la LPA, artículos 109 y ss.

(12) Así, para GARCÍA DE ENTERRÍA «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 pú-

consecuencias —y éste es el factor que se pondera primordialmente— no pueden ser de especial gravedad, no hay por qué ser excesivamente rigurosos en la determinación y control de sus causas (13).

2. *Afectación de bienes privados al servicio público*

La segunda situación a considerar —y que centra mayormente nuestra atención— se caracteriza por la presencia de un particular como propietario de los bienes que se afectan al servicio. La posible conflictividad que puede presentarse en este supuesto es, desde luego, previsiblemente muy superior. Previsión que parece fundada si se repara en las circunstancias que en esta situación concurren. Las más significativas son éstas: *a)* Presencia de dos sujetos. La Administración, titular del servicio, y el particular, titular de unos bienes. Dos sujetos que se presentan con una desigual cualificación y con diferentes intereses, responsabilidades y derechos. *b)* Estrechamente ligada a la anterior, hay que constatar también la convergencia —pacífica o conflictiva, según las vicisitudes del servicio— de dos regímenes jurídicos con distintos puntos de atención. *c)* Tampoco es lo mismo lo que Administración y particulares pretenden en este caso. La primera, la prestación de un servicio del que es titular y, por tanto, responsable último ante la comunidad. El segundo, la realización de una actividad con la que espera conseguir unos beneficios.

blicas tácitamente, por los simples hechos, sin exigencia de declaraciones sacramentales» (*Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, núm. 13 de esta REVISTA, 1954). De especial interés para el tema que tratamos resulta la significativa postura de ARIÑO, que, tras hacerse eco de las anteriores apreciaciones de GARCÍA DE ENTERRÍA y, también, de Otto MAYER sobre la afectación como hecho —como «puesta en función» del bien, según este último autor—, advierte que esta doctrina es admisible «desde la perspectiva exclusiva del dominio público» —o sea, según la concepción tradicional del demanio, de bienes propiedad de la Administración—, «y se impone por ello una nueva formulación desde los supuestos de hecho que aquí se contemplan» (ARIÑO, *La afectación...*, cit., pág. 50), y que son los de afectación al servicio de bienes de propiedad privada.

(13) Cabría ponderar también la situación, sin duda más compleja, que se da en el caso de que la titularidad de los bienes afectos corresponda a una Administración pública y la responsabilidad del servicio a otra. El caso tiene un interés indudable, aunque, quizá por la limitada frecuencia con que en la realidad se presenta, no ha sido objeto de amplio tratamiento doctrinal (desde perspectivas sectoriales, GARCÍA-TREVIJANO, *Titularidad y afectación...*, cit.; *Autorizaciones y concesiones en el dominio marítimo*, «Revista Española de Derecho Marítimo», núm. 3, y Jesús LEGUINA VILLA, *Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa*, núm. 68 de esta REVISTA, 1972), y sobre la cuestión del momento y forma en que ha de entenderse producida la afectación no se han dado en estos casos pronunciamientos terminantes.

Todas estas circunstancias pueden, en un momento dado, convertirse en polos de tensión y enmarañar un conflicto hasta el punto de hacerlo prácticamente insoluble, como tendremos ocasión de comprobar.

El régimen al que los bienes afectos quedan sujetos no ofrece diferencias sustanciales con relación al otro supuesto —afectación de bienes de la Administración—, pero los efectos reflejos, la incidencia de la afectación en las posiciones jurídicas de los sujetos en liza, puede ser de considerable gravedad. Así, por ejemplo, el propietario pierde de entrada con carácter general el poder de disposición sobre los bienes, que sólo puede emplearlos para la prestación del servicio. En esta línea de ejemplificación de consecuencias cabe referirse a la situación en que pudieran verse los acreedores del gestor que al pretender un embargo de sus bienes colisionen de lleno con otro régimen —el administrativo— protector del servicio público y que hará inviable la traba de los bienes desde el momento, *no antes*, en que los mismos quedan afectos (14). La situación aquí es muy distinta con relación a los bienes de la Administración: éstos son inembargables por los Tribunales *antes y después* de la afectación (15). Por tanto, ésta, la afectación, tiene con respecto a esta significativa nota que contemplamos —la de la inembargabilidad— carácter constitutivo en el caso de bienes privados; mientras que, con respecto a los bienes de la Administración, la afectación no añade nada en lo que a inembargabilidad se refiere (16). Las consecuencias son, pues, más contundentes —tienen una mayor capacidad de

(14) Sobre este punto, vid. CARRERAS, *El embargo...*, cit., págs. 181 y ss., y, del mismo autor, «La ejecución forzosa de los bienes de las autoridades y servicios públicos», en M. FENECH y J. CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1962, pág. 546, en especial págs. 557 y ss.

(15) Antes de la afectación, los bienes de la Administración tienen el carácter de patrimoniales, pero resultan inembargables por expresa disposición legal (entre otros, art. 18 Ley del Patrimonio del Estado y art. 44 de la Ley General Presupuestaria), a la que se le han buscado fundamentos con notables inconsistencias —en cuya valoración no vamos a entrar, pero que, en cualquier caso, parecen pugnar con ciertas previsiones constitucionales—, como pueden ser el principio de separación de poderes o el de legalidad presupuestaria, pero que no es una consecuencia —como ocurre con los bienes demaniales— de la indisponibilidad justificada en la afectación del bien al uso o servicio público. Significativa es en este punto la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que en su artículo 67 establece que «los bienes de dominio privado, mientras tengan este carácter son alienables y prescriptibles», pero en el siguiente artículo se prohíbe de forma expresa la embargabilidad de esos bienes.

(16) Más exactamente, concede a la inembargabilidad de ese bien otra justificación dada la indisponibilidad del mismo por su afectación al servicio (vid. nota anterior).

transformación del régimen jurídico aplicable— en el caso de afectación de bienes privados.

Todo ello ha influido —repito que, en mi opinión, de forma injustificada— en la respuesta dada a la cuestión que ahora nos ocupa de cuándo y cómo se produce la afectación. Muy significativo es en este punto el planteamiento de ARIÑO en el que aparece el estudio más decidido y brillante sobre el supuesto de la afectación de bienes privados al servicio público.

Constata previamente este autor —como aquí también hemos hecho intentando, además, buscar una explicación en el marco de un razonamiento común, y a mi entender viciado— la afirmación doctrinal de que con relación a los bienes de la Administración puede admitirse su afectación al servicio en virtud de un hecho (17). Tras esta constatación hace ARIÑO la siguiente y fundamental consideración: «¿Es trasladable una tal solución al caso que nos ocupa?, ¿es admisible una pura y simple afectación fáctica, como un puro hecho, en el supuesto de bienes cuya titularidad no es pública, sino privada; esto es, en el supuesto de bienes privados en un servicio público? *La gravedad de las consecuencias* de una tal situación exige someter a revisión la naturaleza y requisitos del acto de afectación en estos supuestos» (18).

Muy claramente puede apreciarse en este planteamiento la vía para caracterizar la afectación en base primordialmente a la gravedad de sus consecuencias, que se convierten así en el eje de un razonamiento que conduce a resultados que no parecen aceptables. Y ello porque la naturaleza de la afectación es una realidad que necesariamente ha de preceder a sus consecuencias, sin que sea admisible en base a éstas corregir o redefinir aquélla.

Desde este planteamiento desenfocado se admite con relación a bienes de la Administración que la afectación puede constituirse en virtud exclusivamente de un hecho, pero en presencia de bienes privados se postula como única posible la afectación en virtud de una «manifestación solemne de voluntad» (19). ¿Por exigirlo la naturaleza de la afectación? ¿Porque existen dos o más tipos de afectación

(17) «Estas conclusiones, con alguna excepción aislada, han sido unánimemente aceptadas por la doctrina, que admite la afectación y desafectación tácita de los bienes al uso o servicio público como una cuestión puramente fáctica. Todo ello —precisa ARIÑO—, visto desde el ángulo exclusivo de los bienes de dominio público (titularidad siempre pública)» (*La afectación...*, cit., págs. 44 y 45).

(18) *La afectación...*, cit., pág. 45.

(19) *La afectación...*, cit., pág. 46.

con sustantividad propia cada uno de ellos? No. La respuesta no se ha dado con la idea de despejar estas interrogantes, verdaderamente claves, sino atendiendo a las consecuencias, con una gradación de gravedad previsiblemente diversa, que la afectación puede tener en base a situaciones jurídicas diferenciadas en virtud de componentes —como el subjetivo— ajenos por completo a la afectación misma.

3. *Las afectaciones «a non domino»*

Y como muy bien cabría esperar, al enfilarse con este inadecuado punto de mira una situación que todavía parece encerrar mayor conflictividad, se reaccionará —bajo el «temor» de las posibles consecuencias— apurando aún más si cabe en las exigencias de seguridad, con lo que, en definitiva, se elude otra vez la caracterización de la afectación para desde ahí pronunciarse sobre los requisitos necesarios para entenderla constituida.

Esta situación, portadora del mayor potencial conflictivo, se configura precisamente en las llamadas afectaciones *a non domino*, en las que quedan afectos al servicio bienes que no son propiedad del gestor. La gravedad de las posibles tensiones es fácil aventurarla en base a los factores de conflictividad que como parámetro venimos utilizando. Expuestos muy sumariamente: en torno a los bienes afectos se detecta la presencia de tres sujetos —propietario, gestor y Administración—. Una relación contractual entre Administración y gestor; y una relación —de contenido variable, según los casos, que puede, incluso, comprender una privación ilegal— entre gestor y *verus dominus*. Tres pretensiones que pueden estar enfrentadas: el propietario, a recuperar el bien; el gestor, a utilizarlo en su explotación, y la Administración, a mantener con él la prestación del servicio del que ella es responsable. Y se percibe, en fin, como expresión más clara de esta conflictiva situación, la pérdida del poder de disposición de alguien que, con todos los pronunciamientos jurídicos a su favor, es propietario y que no ha contraído de forma voluntaria obligación alguna con respecto al servicio.

Es el profesor ARIÑO quien nuevamente, en su sugestivo estudio, se encara con este supuesto singular y, consecuente con su razonamiento, exige una declaración expresa con unas formalidades variables. ¿Qué sentido tiene —se pregunta— esta declaración? «Sencillamente, evitar impensadas afectaciones *a non domino* que de otro

modo podrían producirse anárquicamente» (20). Una vez más son los posibles efectos los que se tienen en cuenta para, sorprendente y paradójicamente, determinar sus causas desde ellos mismos.

4. *La afectación admitida únicamente en virtud de una declaración formal. Posibles disfunciones*

Con todo lo expuesto se corre el peligro de desnaturalizar la afectación al verla y situarla en una declaración formal que, primero, puede perfectamente no corresponderse con la realidad y, segundo, no parece revestida en muchos casos de virtualidad suficiente para evitar los problemas que se atisban en caso de afectaciones fácticas, sino que, al contrario, pueden en ocasiones agravarlos. Ponderemos separadamente estas dos observaciones críticas:

1.^a La declaración de afectación producida con ciertas formalidades puede referirse a un bien que ha sido sustituido; o que se ha demostrado inútil al introducirse, por ejemplo, innovaciones tecnológicas en la explotación; o que resulta inservible para el servicio —no para otras utilidades— al resultar parcialmente dañado; o, simplemente, que el servicio en su conjunto está interrumpido sin solución de continuidad. Todas estas situaciones pueden darse sin que sean constatadas por una declaración formal, por lo que, en este plano de manifestaciones expresas en el que erróneamente y con no poca desorientación nos hallamos, se tendría que estar a esa primera en virtud de la cual el bien está afecto y, en consecuencia, hay que aplicarle el régimen propio de la afectación, aunque resulte del todo inservible o el servicio esté por completo abandonado. Según eso, si no hay declaración formal en contra —que sería por ello la constitutiva de la desafectación—, se perpetuaría por ello la afectación del bien, lo que, desde luego, carece de justificación.

2.^a Pero, además, hay que tener en cuenta que esas declaraciones cuyo contenido y forma no se especifica —por lo que no cabe hablar de un tipo concreto de declaración de afectación— no constituyen necesariamente una garantía definitiva, pues el grado de seguridad, certeza jurídica y determinación de las mismas puede muy bien ser inferior a las que los hechos ofrecen. Pues semejantes de-

(20) *La afectación...*, cit., págs. 51 y 52.

claraciones parece que bastan con tal que expresamente reconozcan la afectación, e incluso son suficientes si esta última cabe deducirse de alguna de ellas. Así, ARIÑO (21) considera acertada la solución de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1911, por la que se desestima una pretensión que entendía no se había producido la afectación de casi 3.000 raíles de acero al no estar materialmente incorporados a la explotación. El TS consideró que para entenderlos afectos «basta que hayan sido importados con exención de derechos y destinados al ferrocarril». La afectación, pues, hay que deducirla, hay que reconocerla producida, al otorgarse a unos bienes una franquicia arancelaria. ¿Es ésta garantía suficiente? ¿Se evitan de esta forma los posibles problemas que podrían darse en la afectación fáctica por desconocerse el momento de la misma? ¿Deducirán todos los sujetos con intereses sobre los bienes las consecuencias de esta franquicia? ¿La conocerán siquiera? Parece más bien que con semejante solución se agravarán considerablemente los problemas de indeterminación e inseguridad jurídica que se pretenden combatir. Porque posiblemente el propio gestor no sea consciente que al importar los bienes con franquicia éstos se consideran afectos. Desde luego, no serán conscientes de ello los acreedores que confiados en la situación real de unos bienes, al margen del servicio, desconocen que los mismos fueron importados con franquicia, y si lo saben no parece lógico exigirles que deduzcan de ello su afectación y, por ende, su inembargabilidad. Además, siguiendo con el tema de los ferrocarriles en el que esta sentencia nos ha introducido, hay que constatar cómo con notorio abuso se importaron sin pago de aranceles artículos como vino y licores, cuya utilidad para el servicio de ferrocarril era del todo nula, pero que por importarse con franquicia habría que considerar afectos (22).

(21) *La afectación...*, cit., págs. 56-58.

(22) Se dio, por ejemplo, tal situación con la aplicación de la Ley General de Ferrocarriles de 1855, que exoneraba del pago de aranceles a «las primeras materias, efectos elaborados, instrumentos, útiles, máquinas, carruajes, madera, coke y todo lo que constituye el material fijo y móvil que debe importarse del extranjero y se aplique exclusivamente a la conducción y explotación del ferrocarril concedido». De esta forma, sin indagación alguna en torno a la aplicación efectiva de los bienes a la explotación, se consideraban afectos, con todas sus consecuencias, los bienes que fueron importados con franquicia arancelaria, lo que dio lugar a constantes abusos, denunciados con pretensiones correctoras por el Real Decreto de 9 de febrero de 1871, en cuyo preámbulo se consideraba suficiente, para destacar anteriores irregularidades, «fijar la vista en las relaciones de material que se ha introducido: en ellas se encuentran caballos, mulas y bueyes bajo el pretexto de ser necesarios para el movimiento de tierras y demás obras de explanación; ropas para los

La idea de remitir la afectación al momento de un pronunciamiento o manifestación formal presenta, sin necesidad de indagación, notables inconsistencias. La ausencia de declaraciones expresas que fuerzan a deducir la afectación de otras manifestaciones —en la línea de la sentencia del TS criticada anteriormente—, que muy poco garantizan y muchos problemas, en ocasiones, suscitan, es ya una buena prueba de ello.

Pero es que, además, y esto es lo fundamental, semejante planteamiento no puede desconocer que la afectación —anticipemos posiciones ya— es una realidad exclusivamente fáctica. Y lo cierto es que no se quiere prescindir de los hechos, porque la afectación lo es. Así se llega a distinguir entre incorporación jurídica —la declaración— y la incorporación física, que será esta última, en muchos casos, «índice revelador» (23) de la afectación —con lo que se admite que es el dato definitivo a tener en cuenta, sobre todo, como veremos, por los Tribunales—; y en otras «consecuencia necesaria exigible» (24), reconociéndose también así que la incorporación física es lo que perfecciona la afectación, que puede ser anunciada en una manifestación formal sin valor alguno si no se ve confirmada por los hechos. Es, por tanto, un planteamiento inverso al esbozado por ARIÑO para no perder de vista el hecho material de la afectación al ver en el mismo «un puro acto de ejecución que sería irregular e ilegítimo» (25) sin la declaración formal: es ésta, contrariamente, la que carece por completo de entidad si no se corresponde con el hecho de la puesta en servicio, que es lo verdaderamente constitutivo.

De otorgar a la declaración de afectación valor determinante habría que dar crédito únicamente a lo que en ésta se estableciese, adquiriendo por ello sustantividad al margen de una serie de factores o ideas absolutamente fundamentales en lo que a la afectación se

empleados y relojes de todas clases... alfombras, divanes, sofás y sillerías; mesas de despacho; espejos, cuadros y todo cuanto constituye el lujo y el adorno de una casa... y hasta el champagne y otros vinos y las conservas alimenticias han tenido cabida en las relaciones del material destinado a los ferrocarriles» (sobre este y otros temas conexos resulta de especial interés la obra de A. GÓMEZ MENDOZA, *Ferrocarriles y cambio económico en España, 1855-1914*, Madrid, 1982). Como puede apreciarse, al datar el nacimiento de la afectación por remisión a lo que se establezca en relaciones de bienes con franquicia arancelaria, lo que se produce es una alteración completa del orden lógico y acorde con la idea de la afectación: ésta se dará no porque un bien se destine realmente a la construcción o explotación del ferrocarril, sino porque ha sido importado con franquicia.

(23) *La afectación...*, cit., pág. 58.

(24) *La afectación...*, cit., pág. 58.

(25) *La afectación...*, cit., pág. 58.

refiere y que, curiosamente, no sería necesario valorar: la idea de destino, servicio público, principio de continuidad y, por otro lado —esto es lo más decisivo—, la situación real del bien, su funcionalidad material, su vinculación física al servicio, circunstancias todas ellas de carácter fáctico.

Y es que la afectación —ya lo hemos dicho y se desarrollará más adelante— es una situación de hecho. Esto es algo que no puede desconocerse ni siquiera con la intención de evitar unas consecuencias que pueden parecer, y son, efectivamente, en algunos casos, desproporcionadas. Porque, cierto es, una ostensible desproporción se observa entre la forma en que el hecho de la afectación puede producirse —por ejemplo, al integrarse por un operario un bien, una pieza, en una maquinaria con la que el servicio se presta— y sus formidables efectos jurídicos que prevalecen sobre derechos —como el de la propiedad— con títulos en los que pueden concurrir todo tipo de formalidades.

Estas situaciones descompensadas en las que la afectación puede abocar han de recomponerse buscando sobre nuevas bases el equilibrio roto al imponer su sacrificio, aunque sea temporal, a derechos e intereses de particulares en beneficio de la comunidad destinataria del servicio. Pero no parece la vía adecuada para alcanzar ese objetivo el desnaturalizar la afectación vinculándola a una declaración formal y desconociendo el momento y forma en que ésta realmente se produce, con todas sus consecuencias. Con lo que, además, se elude el tratamiento autónomo de la afectación. Esa nota de autonomía y los fundamentos sobre los que descansa tendremos ocasión de valorarlos al distinguir entre afectación y cláusula de reversión (26).

III. AFECTACIÓN Y CLÁUSULA DE REVERSIÓN

La reversión en los contratos de gestión de servicios públicos, y especialmente en la concesión, tuvo en su momento, como acertadamente han significado GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, una funcionalidad no admisible hoy en día: «el deseo de evitar una enaje-

(26) Tratamiento autónomo, como categoría con sustantividad propia no accesoria, en el que recientemente insiste PAREJO ALFONSO (*Dominio público...*, cit., págs. 2418 y ss.), como lo hacía ya ARIÑO, considerando prioritariamente el caso de la afectación de bienes privados (*op. cit.*, págs. 30 y 31).

nación subrepticia de las funciones públicas cedidas a los particulares por el juego de la prescripción inmemorial» (27). La reversión, superada esta concepción con raíces en dogmas jurídicos periclitados, pierde, según estos autores, «su antiguo carácter de elemento esencial de toda concesión y pasa a ser considerada como un elemento accidental del negocio; esto es procedente únicamente en caso de pacto expreso, como una pieza más allí donde esté concebida de ese modo, de la fórmula económica en que toda concesión consiste» (28).

Procede, pues, hablar de cláusula de reversión introducida por acuerdo de las partes. En el marco del entramado contractual esta cláusula tiene ciertamente una operatividad económica vinculada especialmente al problema de la amortización de las inversiones; pero desde una perspectiva teleológica, remontando las específicas previsiones contractuales y su inmediato juego de efectos, la cláusula de reversión sirve a otro fin que trasciende el contrato, como es el de garantizar la continuidad del servicio ofreciendo los medios necesarios para ello, función ésta que ha sido claramente percibida por legislación, jurisprudencia y doctrina (29). Ciertamente, el juego de la cláusula conlleva que determinados bienes pasen a ser propiedad de la Administración, y es éste un efecto inmediato al cumplirse el contrato, pero la finalidad de esta operación no es engrosar el patrimonio de la Administración, sino mantener un soporte material para no interrumpir la prestación del servicio.

En cualquier caso, los bienes revertidos vendrán determinados en el propio contrato (30) o en documentos a los que éste se remite. Por su parte, bienes afectos son los necesarios y efectivamente uti-

(27) *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1986, pág. 695.

(28) *Curso...*, cit., pág. 696.

(29) La categoría francesa de los *biens de reprise* es un exponente de esta finalidad de la reversión que justifica una reversión previa indemnización de unos bienes no contemplados en el contrato. Con relación a los *biens de reprise* afirma GARRIDO FALLA que su determinación «debe hacerse a la vista de las cláusulas de la concesión, debiendo aceptarse el principio de que, a falta de otras especificaciones, todas las instalaciones y material empleado por el concesionario con vistas a la mejor explotación del servicio, es revertible, si bien indemnizable en cuanto exceda del mínimo exigido en el pliego de condiciones. Nuestra jurisprudencia se ha preocupado, en las pocas ocasiones en que se ha enfrentado directamente con el tema, de fijar la extensión de la cláusula de reversión que considera aplicable tanto a los que denomina «bienes revertibles por adscripción» como a los bienes revertibles «por destino» (*Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de servicios*, núm. 45 de esta REVISTA, pág. 237).

(30) Los revertibles en el más propio sentido por serlo sin indemnización, *biens de retour*.

lizados para la prestación del servicio en un momento dado. Pueden, por ello, no coincidir los bienes afectos y los revertibles (31). Y esa posible diferenciación cabe que sea inicial o sobrevenida. Inicial, si en el contrato se fijan como revertibles determinados bienes cuando es más amplio el grupo de los verdaderamente necesarios y efectivamente utilizados en la explotación; el exponente más claro de esa distinción inicial se dará cuando falte la cláusula de reversión: existirán unos bienes afectos, pero ninguno será revertible. Diferenciación sobrevenida, si bienes identificados documentalmente como revertibles pierden —por razones diversas— su utilidad material en la prestación del servicio; aquí también puede darse un caso límite cuando se produce la paralización total, sin solución de continuidad, del servicio en cuyo contrato de gestión se incorpora la cláusula de reversión: ningún bien podrá considerarse afecto a un servicio que no existe; pero, sin embargo, esos bienes serán revertibles en virtud de lo pactado en el contrato.

La diferenciación entre bienes revertibles y afectos es perfectamente posible si se repara en que son, a su vez, diferentes los sistemas de determinación de unos y otros: documentalmente los revertibles (en el propio contrato o en otros documentos a los que puede entenderse se remite éste, como son actas de amojonamiento, planos detallados o estados descriptivos) (32); y por su vinculación material, de hecho, a la prestación del servicio en el caso de los afectos (33).

Puede, pues, afirmarse que, en principio, cláusula de reversión y afectación actúan de forma independiente (34) al delimitar los bienes con arreglo a criterios distintos y, lo que es más importante, al tener una y otra fundamentaciones inmediatas diversas: el cumplimiento del contrato por ser la reversión el contenido de una cláusula

(31) La misma postura mantiene ARIMANY en su esclarecedor trabajo *La reversión de instalaciones en la concesión administrativa de servicio público*, cit., páginas 96 y ss. En contra, ARIÑO, para quien «la reversión alcanza a la totalidad de los elementos que contribuyen a garantizar la continuidad en la prestación de un servicio público» (*La afectación...*, cit., pág. 58). Aunque este último autor utiliza un concepto amplio de reversión (*biens de retour y biens de reprise*), con el que se pierde en precisión por contemplar indiscriminadamente los bienes revertibles gratuitamente en virtud de un título bien determinado —como es la cláusula de reversión inserta en el contrato— y los otros que podrían pasar a ser propiedad de la Administración previa indemnización.

(32) Sobre este punto, vid. ARIMANY, *La reversión...*, cit., págs. 56 y ss.

(33) Este diferente sistema de identificación puede originar una distinción inicial entre bienes afectos y revertibles, aunque sea deseable su coincidencia.

(34) Así también lo entiende ARIMANY, *La reversión...*, cit., pág. 98.

del mismo y el mantenimiento de los servicios con los bienes afectos, sujetos por ello a un peculiar régimen jurídico. Sin embargo, esta nota de independencia se relativiza en parte si se tiene en cuenta la interrelación que se da entre afectación y reversión, lo que resulta perceptible al analizar la operatividad de una y otra cuando actúan del todo separadas o cuando operan al unísono.

a) En el caso de reversión sin afectación, cuando el servicio se abandona o interrumpe sin expectativas de continuidad, la reversión habrá de operar aisladamente, sin el apoyo siquiera de consideraciones de carácter teleológico con la idea de mantener un servicio que no existe, quedando sus efectos limitados a los propios del juego de una cláusula contractual. La Administración no podrá por ello exigir la reversión de los bienes amparándose en el principio de continuidad de los servicios públicos, sino tan sólo en su condición de titular de un derecho —no vamos a terciar en la polémica de su carácter real u obligacional (35)— de contenido patrimonial. Sin que resulte pertinente desconocer o considerar ineficaz un derecho de un particular sobre los bienes catalogado como preferente (36); des-

(35) La tesis central del trabajo de ARIMANY es que con la formalización de la cláusula de reversión se está «transmitiendo ya —aunque a término—» la propiedad de los bienes a la Administración, por lo que no estaríamos «ante una obligación —del concesionario, se entiende— de entregar la propiedad, sino ante una obligación de restituir por parte de quien ha dejado de tener derecho a la posesión» (*op. cit.*, pág. 95). Semejante tesis, cuyo acierto no parece oportuno valorar aquí —pero que, en cualquier caso, se debe dejar constancia de que su autor la presenta tras recorrer una muy coherente línea argumental y con sólido apoyo en una amplia documentación—, resulta abiertamente contradecida por una interesante Ley —la del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía— que, por las pretensiones dogmáticas que en ella parecen advertirse, afronta de forma directa una serie de cuestiones, como ésta, que han sido lugares comunes de discusión doctrinal. Así, con relación al tema que nos ocupa, su artículo 7 establece que «las obras ejecutadas por los concesionarios o bienes que éstos destinen al cumplimiento de la concesión *continuarán siendo de su propiedad hasta su entrega a la Administración a causa de rescate, reversión, caducidad o por cualquier otro motivo*».

(36) La cuestión se planteó en la conocida Resolución de conflictos de 18 de marzo de 1970 (Tranvías de Mondariz a Vigo, S. A.), que admitió el embargo de bienes sujetos a reversión, pero no afectos, por la evidente razón de que el servicio, abandonado, no existía. Tan sólo cabría oponer a ese embargo —instado por los trabajadores— la existencia de una cláusula contractual de reversión desnuda de cualquier manto protector tejido con la idea de garantizar la continuidad del servicio. La decisión, criticada duramente por L. MARTÍN-RETORTILLO (*Embargo de tranvías y otros bienes adscritos a concesión de servicio público para hacer frente al pago de salarios. La «continuidad» del servicio público. El problema de las expectativas de la Administración ante la reversión*, núm. 63 de esta REVISTA, 1970), justificada, en polémica doctrinal con el anterior autor, por ARIÑO (*La afectación...*, cit.) y vuelta a poner en cuestión, incluyendo en la crítica los argumentos de ARIÑO, por ARIMANY (*La reversión...*, cit., obra ésta que, por cierto, parece emprenderse, según afirma su autor en la introducción, con el objeto de desarrollar el apunte

plegando, por su parte, todas sus consecuencias los posibles vicios que pudieran concurrir en el contrato y en la propia cláusula al haber, por ejemplo, previsto una reversión *a non domino*, es decir, de bienes que no eran propiedad del concesionario cuando se declaran revertibles y que incluso fueron objeto de una privación ilegal a su propietario.

b) En el caso, ciertamente deseable, de considerar afecto y sujeto a reversión un mismo bien, su protección frente a pretensiones a terceros se verá fundada en el propio contrato y en el principio de continuidad de los servicios públicos (37), de tal forma que este último desarrollará toda su operatividad aun en el caso de que se observaren vicios en la constitución de la cláusula de reversión o en el propio contrato.

c) Lo mismo sucede en el supuesto de bienes afectos y no revertibles —por no existir cláusula en tal sentido o porque ésta no contemple estos concretos bienes—, ya que no será posible disponer de ellos, ni tan siquiera por su legítimo propietario —sea él o no quien incorporó los bienes—, dándoles otro destino que no sea la prestación del servicio.

De la breve exposición de esta tríada de posibles supuestos se desprende con toda claridad que son más intensos, más contundentes, menos flexibles los efectos de la afectación que los propios de la reversión cuando, paradójicamente, concurren mayores garantías de seguridad y certeza jurídica en la identificación documental de estos últimos, sin que, además, esta determinación puedan variarlas las vicisitudes de la ejecución del contrato —sólo un pacto expreso justificaría una modificación—. Los bienes afectos lo son por su vinculación física al servicio en la medida que resultan necesarios para su prestación, por lo que dejan de serlo desde el momento en que esa utilidad material desaparece, aunque el contrato no haya finalizado.

crítico de L. MARTÍN-RETORTILLO, que lamentaba la falta de atención doctrinal al tema), evidencia, en cualquier caso, que sin afectación la inembargabilidad depende únicamente del alcance y significación que se le dé a la cláusula de reversión —en cuya polémica no parece oportuno terciar aquí; vid. nota anterior—: si por el mero hecho de formalizarse se produce ya una transmisión de propiedad de los bienes a la Administración, habría que predicar desde ese momento la inembargabilidad por expresa disposición legal con relación a todos los bienes de la Administración. Vid. nota 15.

(37) Vid. J. M.^a SALA ARQUER, *El principio de continuidad de los servicios públicos (sus orígenes en el Derecho español)*, Madrid, 1977.

Como toda paradoja, la contradicción que expresa es sólo aparente, pues son distintos los fundamentos y finalidades, que son los propios de una cláusula contractual de contenido económico en el caso de la reversión y la continuidad del servicio en la afectación. Y estos objetivos o finalidades —muy especialmente la protección de los intereses colectivos evitando interrumpir el servicio— son los que prioritariamente han de tomarse en consideración —y no las formalidades de su construcción— al ponderar la magnitud de consecuencias de la reversión y afectación.

IV. CONTROL JUDICIAL DE LA AFECTACIÓN

Dadas las extraordinarias consecuencias de la afectación, fácil es comprender la trascendencia de determinar el momento en que ésta se produce; la posibilidad de una plena fiscalización judicial sobre este punto parece, por ello, sobradamente justificada.

De lo anteriormente expuesto se desprende que ese control no habrá de proyectarse sobre la validez de unas manifestaciones formales ni sobre la concurrencia de ciertas garantías en unos documentos. El control de la afectación ha de remitirnos necesariamente a la verificación de unos hechos (38). Para ello pueden utilizarse básicamente dos puntos de referencia: primero, los bienes que necesita el servicio para su prestación; segundo, si un bien en especial —el objeto propiamente de la fiscalización— está desempeñando realmente una función que lo sitúa en ese grupo de los imprescindibles. En definitiva, se trata de concretar, materializándolos, los dos aspectos o ejes de la afectación: el grado de vinculación o conexión de un bien y la realidad o finalidad a la que sirve, el servicio público.

(38) Así lo entiende ARIÑO al comentar el Decreto resolutorio de competencia de 26-X-1972, pues considera que el posible control judicial de la afectación a la que esta Resolución se refiere habrá de ser un control de los hechos, en este caso orientado a verificar que el servicio estaba paralizado sin perspectivas de continuidad, por lo que no podía existir afectación (*La afectación...*, pág. 110). Como se ve, este autor reconoce —en un epílogo de su obra sobre el citado Decreto de competencias— que la desafectación es una pura cuestión de hecho y controlable como tal, cuando en la primera parte de su estudio mantiene enfáticamente que no cabe admitir la afectación fáctica. Sobre este Decreto resolutorio de competencia, vid. también la noticia que del mismo da —reproduciendo lo fundamental de su contenido— L. MARTÍN-RETORTILLO en el núm. 70 de esta REVISTA, 1973.

La delimitación de los bienes necesarios para la explotación habrá de hacerse en base a las previsiones regladas sobre el servicio que se contengan en normas legales y reglamentarias. Esa normativa marcará un nivel o estándar de prestación que podrá elevarse por el establecimiento de unas exigencias adicionales específicas a través del contrato que encomiende la gestión a un particular, por lo que el contenido de éste, del contrato, será un segundo dato a tener en cuenta en la determinación de los bienes necesarios para el servicio.

Ese grupo de bienes, caracterizado con arreglo a esa dualidad de elementos —normativos y contractuales—, podrá utilizarse como parámetro para valorar en qué medida se integra en el mismo un bien determinado que haya podido ser objeto de conflicto. Con relación al bien, aisladamente considerado, habrán de ponderarse una serie de circunstancias, como son la función real que cumple, la posibilidad de que sea reemplazado o la incidencia que en la prestación del servicio tenga su separación del mismo.

En cualquier caso, teniendo en cuenta las considerables consecuencias que derivan de la afectación, la interpretación que de unas circunstancias de hecho se haga para considerarla producida habrá de tener carácter restrictivo: tanto en la determinación de los bienes necesarios —excluyendo, por ejemplo, los que el concesionario incorpore voluntariamente con la idea de reforzar el servicio (39)— como en la valoración de la funcionalidad de un bien en particular, sin que resulte admisible considerar afecto aquel cuya utilización es una mera previsión de futuro, por razonable o inmediata que sea, puesto que la afectación es una situación real y actual.

V. SOBRE LA NATURALEZA DE LA AFECTACIÓN DE BIENES DE PROPIEDAD PRIVADA AL SERVICIO PÚBLICO

Los más significativos estudios sobre la naturaleza de la afectación de bienes privados vienen a identificarla con un derecho real caracterizado por dos notas determinantes: derecho real *in faciendo* y, al mismo tiempo, derecho real *in re aliena* (40). Ningún obstáculo

(39) Vid. ARIMANY, *La reversión...*, cit., págs. 53 y ss.

(40) Sobre todo, ARIÑO, *La afectación...*, cit., cuyas tesis suscribe plenamente J. A. LÓPEZ PELLICER, «La concesión de servicios locales», en la obra *La concesión administrativa en la esfera local*, Madrid, 1976, págs. 164 y 165.

hay, en principio, para admitir la concurrencia simultánea de ambas características por cuanto serían resultantes de clasificaciones efectuadas con arreglo a distintos criterios de apreciación.

1. *La afectación como derecho real «in faciendo»*

Al tratar de manera específica la primera de estas notas no puede desconocerse que la categoría de los derechos reales *in faciendo* resulta discutida entre los civilistas (41). Sin admitir de forma decidida su existencia en nuestro ordenamiento, L. DÍEZ-PICAZO entiende que «los llamados derechos reales *in faciendo* serían aquellos derechos reales que otorgan a su titular el derecho a obtener una conducta (prestación) del sujeto pasivo, que es, obviamente, el propietario del fondo gravado» (42). Es esta mixtura de derecho real —por su vinculación con una cosa— y derecho de obligación —por cuanto faculta para exigir una prestación— lo que ha contribuido a la formación de esa carga problemática, hasta el punto de que estas situaciones jurídicas se han contemplado tanto desde la óptica de los derechos reales —calificados, es cierto, como *in faciendo*— como desde el derecho de obligaciones —serían las llamadas obligaciones *propter rem*—. En cualquier caso, parece darse una generalizada coincidencia en considerar que el rasgo común que singulariza estas situaciones es el de la ambulatoriedad (43): cualquiera que sea el propietario o titular del derecho real está obligado a realizar la prestación, de suerte que al trasladarse la titularidad del derecho real sobre un bien de una persona a otra se desplaza también a ésta la obligación. El obligado viene, pues, identificado por ostentar la titularidad de un derecho real sobre la cosa.

Cabe ahora preguntarnos en qué medida, de acuerdo con las características sucintamente expuestas, cabe asimilar la afectación de bienes de propiedad privada con los derechos reales *in faciendo* y

(41) L. DÍEZ-PICAZO alude al «campo... relativo a los llamados derechos *in faciendo* y a las obligaciones *propter rem*, donde existe una tradicional polémica doctrinal, caracterizada sobre todo por su falta de claridad» (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II: «Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión», Madrid, 1978, pág. 51).

(42) *Fundamentos...*, cit., pág. 51.

(43) Así lo entiende también, a la vista de la más autorizada doctrina civilista, L. DÍEZ-PICAZO: la ambulatoriedad supone aquí que «quienquiera que sea propietario o titular del derecho real está obligado a cumplir una prestación contractual» (*Fundamentos...*, cit., pág. 61)..

obligaciones *propter rem*. Más concretamente: habrá de verificarse la concurrencia en los supuestos de afectación al servicio público de la nota —determinante, como se ha destacado— de la ambulatoriedad. Conviene distinguir aquí diferentes supuestos —atendiendo al dato de la titularidad sobre los bienes afectos— que contrastados clarifican la cuestión.

El supuesto que podría considerarse normal es el que se da cuando el gestor del servicio es al mismo tiempo propietario de los bienes afectos. Derecho real sobre los bienes y obligación de prestar el servicio se dan aquí en un mismo sujeto, de forma que puede vislumbrarse aquí la existencia de un derecho real *in faciendo* al imponerse una obligación prestacional al propietario de los bienes.

Ahora bien, en el caso de que el gestor no ostente la propiedad de los bienes afectos, es indudable que será él —el gestor— y no el propietario el obligado a la prestación del servicio, disociándose claramente derecho real y obligación de hacer. Si bien el propietario no gozará del poder de disposición sobre los bienes afectos —a lo sumo podrá realizar determinados actos dispositivos en la medida que sean compatibles con la afectación—, no es menos cierto que no le corresponde a él ninguna obligación de hacer, que recaen sólo sobre el concesionario o gestor del servicio en virtud del vínculo contractual con la Administración. Ambos aspectos, el real y el obligatorio, se encuentran separados y en la órbita de sujetos diferentes, por lo que no parecen concurrir las notas ni del derecho real *in faciendo* ni de las obligaciones *propter rem*.

Un tercer caso que merece ser contemplado se da cuando el gestor, originariamente propietario de los bienes afectos, enajena algunos de éstos, o todos, de manera que pasan a ser propiedad de un tercero. La operación es, bajo alguna condición, perfectamente posible, y así lo entiende ARIÑO, para quien «la enajenación de un bien afectado no encuentra en principio obstáculos teóricos para su validez, siempre que se respete la carga de la afectación» (44). Pues bien, si se diese aquí la nota de la ambulatoriedad de la obligación a la que antes nos referimos debería trasladarse al adquirente la obligación de prestar el servicio, y parece muy claro que esto no puede ser así, puesto que es el gestor el obligado por un vínculo contractual a la prestación del servicio. Esta obligación tan sólo puede trasladarse con el consentimiento de la Administración —titular

(44) *La afectación...*, cit., págs. 74-75.

del mismo, en definitiva— y siguiendo las normas legales previstas para la adjudicación a un sujeto de esta obligación a cambio de las contrapartidas que en su caso se establezcan.

Se aprecia, pues, nuevamente la disociación subjetiva entre la obligación de prestar el servicio y la propiedad sobre los bienes que al mismo están afectos, y ello porque son distintos los factores y momentos constitutivos de una y otra: la obligación de prestar el servicio lo es en virtud de un contrato y cuando éste se perfecciona; el derecho real —carga para el propietario— se constituye con la afectación, que no ha de coincidir cronológicamente con la perfección del contrato (45).

Si resulta normal la afirmación de que el propietario de los bienes afectos tiene una obligación de hacer, y, por tanto, la consideración de la afectación como un derecho real *in faciendo*, ello es en muy buena parte debido a que, de ordinario, el gestor del servicio es al mismo tiempo propietario de los bienes. Pero esta común situación, lo hemos visto, admite excepciones que evidencian cómo la propiedad de los bienes sobre los que recae la afectación no conlleva en sí misma la obligación de realizar una prestación, por lo que no cabe en rigor ver en aquélla un derecho real *in faciendo*.

Pudiera pensarse que, en cualquier caso, el gestor del servicio, sea o no propietario de los bienes, ostenta la posesión sobre los mismos y, desde luego, un poder de uso y disfrute, necesario para darles el destino que la afectación postula. Pero, sin reparar por el momento en que resulta discutida la equiparación de la posesión a un derecho real (46), lo que interesa destacar es que la obligación de prestar el servicio de ningún modo sale de la órbita del sujeto que inicialmente la asumió por vía contractual, y esta situación se mantendría igualmente en el hipotético caso de que un tercero se hiciese con la posesión de los bienes afectos, pues no por ello le sería exigible a él la actividad, el *facere*, en que la prestación del servicio consiste.

(45) Cuestión ésta que ya hemos tratado al distinguir entre cláusula de reversión, constituida como una pieza más del contrato, y afectación de bienes.

(46) Vid. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 464 y ss.

2. *La afectación como derecho real «in re aliena». Su posible consideración como objeto del demanio.*

Es ésta una caracterización —*iura in re aliena*— de la afectación que en algún punto resulta cuestionable o, si se quiere, necesita de una reconsideración.

No parece forzarse la categoría de los derechos reales al integrar en ellos la figura de la afectación desde el momento en que se sitúa entre las coordenadas que delimitan aquéllos según nuestra tradición jurídica: carácter inmediato de la relación y facultades de su titular con el bien y carácter absoluto, porque las facultades del titular sobre la cosa son esgrimibles frente cualquiera, *erga omnes* (47).

Tampoco existe inconveniente alguno para, en el supuesto que tratamos de afectación al servicio público de bienes privados, calificar a ésta, a la afectación, como un derecho real de los denominados *in re aliena*, puesto que éstos son todos los derechos reales distintos del de propiedad. Así, los particulares propietarios —propiedad que podría incluso pasar a otra persona— de bienes destinados al servicio público deberán respetar el derecho real de afectación que sobre ellos recae (48).

El punto más inconsistente de esta construcción es el relativo a la titularidad. ¿Quién es el sujeto titular de ese derecho real *in re aliena* en que la afectación consiste? Reconocer esa posición a la Administración pública implica una cierta contradicción con las finalidades propias de la afectación, pues con ésta se pretende proteger un servicio que satisface intereses no de la Administración, sino de la comunidad a la que ésta sirve; no es el interés patrimonial de la Administración lo que se protege —como en el caso de la cláusula de reversión (49)—, sino el bien de la colectividad (50). Por todo ello puede parecer forzada la atribución de la titularidad sobre el derecho real de afectación. Existen, sin embargo, razones que justifican tal atribución: primera, que la colectividad destinataria del servicio no está —a diferencia de la Administración— personificada, por lo

(47) L. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 41-42.

(48) Muy atinada resulta, por ello, la observación de ARIÑO, para quien la afectación es «una vinculación real, que se dirige a la cosa misma y que se mantiene, frente a cualquier título civil, en atención a la necesaria continuidad de los servicios públicos. Al margen, por tanto, de quién sea su propietario» (*La afectación...*, cit., pág. 64).

(49) Vid. cap. III de este trabajo.

(50) ARIÑO, *La afectación...*, cit., pág. 88.

que no puede ser sujeto titular de derecho alguno—; segunda, que el ordenamiento jurídico responsabiliza a la Administración de la prestación del servicio (51), para lo que dispone de una serie de potestades y parece lógico reconocerle la titularidad de un derecho como éste con el que se pretende garantizar esa prestación de forma continuada.

Ahora bien, la afirmación de la titularidad administrativa de un derecho *in re aliena* sobre un bien destinado a la prestación de un servicio público ha de ser reconsiderada planteando la posible pertenencia de ese derecho al dominio público: se cuestiona hoy, en mi opinión con fundamento, la tradicional circunscripción del objeto del demanio al derecho de propiedad (52). Se justifica este enfoque al entender, como hace PAREJO, que lo determinante de aquél, del demanio, «es la función pública y no el soporte que a la misma presta la cosa en sentido jurídico-civil (y el derecho que se ostente sobre la misma)» (53). Sería, en definitiva, la afectación, que expresa la conexión de un bien con un fin o destino público, la que delimitaría el perímetro del dominio, aun cuando, como es el caso, los bienes fuesen propiedad de un particular (54).

VI. LA AFECTACIÓN A «NON DOMINO». REDEFINICIÓN DEL MARCO EN QUE PUEDE PRODUCIRSE

Al inicio de estas líneas, presentando las posibles situaciones jurídicas en que pueden encontrarse los bienes afectos al servicio público, se señalaba el caso —que en principio pudiera considerarse anómalo— de los que siendo de propiedad privada no pertenecían al contratista o concesionario, sino a un tercero. El problema es, evidentemente, hasta qué punto son admisibles semejantes afectaciones. Para resolverlo, o al menos para centrar su planteamiento tomando como referencia un importante pronunciamiento del derecho positivo, resulta, sin duda, de utilidad el acercamiento al artículo 464 del Código Civil (55), precepto que, como se sabe, trata la

(51) Que puede encontrar incluso un fundamento constitucional explícito en el artículo 128 de la Norma fundamental.

(52) Vid. L. M.^a DÍEZ-PICAZO, *Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los «iura in re aliena», «REDA», núm. 35, 1982.*

(53) *Dominio público...*, cit., pág. 2422.

(54) Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Dominio público...*, cit., pág. 2419.

(55) Artículo 464, párrafo primero, del Código Civil: «La posesión de los bienes

cuestión más amplia de las adquisiciones *a non domino* y que es el resultado de una rica y en algún momento sinuosa génesis histórica, que ha dado lugar entre nuestros civilistas a una polémica doctrinal que no parece se haya cerrado todavía (56). Las posiciones adoptadas pueden —sin detenernos en matizaciones que no resulta pertinente recoger aquí— agruparse en torno a dos criterios de interpretación de este artículo avalados por sendas corrientes del pensamiento jurídico, perfectamente coherentes con sus respectivos principios, muy sólidos en ambos casos.

Una es la interpretación que se desenvuelve bajo la órbita de influencia del Derecho Romano, protectora a ultranza de la propiedad del *verus dominus*, que podría reclamar con éxito la cosa siempre que hubiera sido desposeído de ella sin su consentimiento, dando a la expresión «privación ilegal» un amplio alcance al comprender también los casos de abuso de confianza (57).

La otra, de inspiración germanista, se justifica en el aseguramiento y protección del tráfico jurídico, por lo que tan sólo en los supuestos de privaciones de carácter delictivo —que sería el único supuesto cubierto por la expresión «privación ilegal»— podría el *verus dominus* reivindicar la cosa con resultados positivos; en los restantes casos la seguridad del tráfico jurídico postularía el reconocimiento de la propiedad del adquirente (58).

El problema de las afectaciones a *non domino* no parece, sin embargo, que pueda enmarcarse en este cerrado dualismo, puesto que cabe advertir la presencia de significativos elementos diferenciales.

Así, el artículo 464 contempla como supuesto más característico el de la adquisición de buena fe de alguien que no es propietario, por lo que son tres los sujetos en liza: el propietario inicial de la cosa,

muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.»

(56) Sobre ella, el trabajo, de gran solidez sobre todo en la parte histórica, de José M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles (Estudio del artículo 464.1 del Código Civil)*, Madrid, 1979.

(57) Doctrina ésta defendida entre nosotros por COMAS, MUCIUS SCAEVOLA y DE BUEN, para quienes el artículo 464 crearía tan sólo una mera presunción de justo título a efectos, sobre todo, de usucapión (vid. J. M.^a MIQUEL, *La posesión...*, cit., págs. 263 y ss.). En la misma línea se sitúa la tradicional, y por ello mayoritaria todavía, jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(58) Doctrina que tiene entre nosotros su primer receptor en LEOPOLDO ALAS, y en HERNÁNDEZ GIL su seguidor más entusiasta (en especial, en *El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil y una posible interpretación de privación ilegal*, «RDP», núm. 28, y en *La función social de la posesión*, Madrid, 1967).

la persona que dispone de ella para transmitirla y el adquirente de buena fe en esa misma transmisión. En el caso de la afectación *a non domino* los sujetos son dos: el propietario y el gestor, que procede a la afectación de bienes de éste, sin que en ningún caso pueda la Administración considerarse tercer adquirente al no consolidarse nunca por la afectación —a diferencia de la reversión— una propiedad a su favor, faltándole incluso la posesión sobre el bien (59).

Por otro lado, lo que el artículo 464 pretende es determinar en qué condiciones puede el *verus dominus* reivindicar la cosa o, visto desde otra óptica, cuándo se entiende producida una adquisición *a non domino* (60). Mientras que en la afectación *a non domino* no se plantea si se produce o no una adquisición, sino la validez y eficacia del acto de disposición en que la afectación consiste. No habría, pues, reivindicación dirigida a un tercero adquirente de buena fe —que no existe—, sino pretensión de nulidad de un acto de disposición del gestor al afectar unos bienes que no le pertenecen.

Finalmente, hay que hacer notar —y ésta es, quizá, la diferencia más relevante— que cualquiera de las interpretaciones del artículo 464 se fundamenta, en definitiva, en la protección de la propiedad: para que no la pierda —o tan sólo en casos extremos— el propietario inicial, si se sustenta la concepción romanista; o para que a través de un tráfico seguro la gane el tercer adquirente de buena fe, según la corriente de inspiración germanista. En cambio, la afectación *a non domino* se justificaría en la protección de un bien jurídico de características y fundamentación muy diferentes, como es el principio de continuidad de los servicios públicos que, por proteger intereses colectivos, debería prevalecer, en caso de colisión, sobre los derechos e intereses particulares del propietario. Y no parece pertinente establecer distinciones o matizaciones jugando con el grado de ilegalidad que pudiera revestir la sustracción del bien del señorío físico del *verus dominus* y su posterior afectación al servicio. Esto sería posible si se contemplase un conflicto de intere-

(59) Sólo haciendo tabla rasa de la dicción literal del artículo 464 CC podría abstraerse alguna idea matriz que resultase de utilidad al caso que nos ocupa. Debería prescindirse de la exigencia del disfrute de la posesión —que, desde luego, no concurre en la Administración— y entender suficiente la buena fe ante la intención de constituir un derecho real limitado, *in re aliena*, como se considera es la afectación.

(60) Este es el atinado planteamiento que de la funcionalidad de este artículo hace originalmente A. DE COSSÍO, en *Instituciones de Derecho Civil*, II, Madrid, 1975, pág. 512, y al que se adscribe L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 566.

ses que se desenvuelve en un mismo plano y con las respectivas posiciones fundamentadas en principios de índole similar y, por tanto, contrastables. Tal es el caso del conflicto contemplado en el artículo 464 del Código Civil, que está marcado por la tensión entre la protección de la propiedad del primer dueño y la del adquirente de buena fe.

En el supuesto de la afectación *a non domino* el enfrentamiento se da entre propiedad privada y continuidad del servicio al que el bien se haya afecto, que al ser dos ideas situadas en diferentes planos han de ser afirmadas la una o la otra con carácter absoluto y, por tanto, decantarse como se ha hecho por el principio de continuidad del servicio público (61) implica admitir que éste siempre prevalece, aunque el dueño fuese privado ilegalmente del bien afectado.

Por supuesto que situaciones de este tipo han de evitarse fijando para ello las garantías apropiadas y, caso de que aun así se produzcan, estableciendo los mecanismos eficaces tendentes a recomponer el perjuicio indudable que sufre el propietario; aunque el tema de los posibles remedios, tanto preventivos como sustitutorios, se tratará más adelante, hay que significar aquí que las negativas consecuencias que para el propietario, sin duda, tiene la opción sin reservas por el principio de continuidad del servicio se ven en parte —sólo en parte, ciertamente— atemperadas por el hecho de que —de acuerdo con las características y efectos de la afectación que se han expuesto en el anterior apartado— en ningún caso se consolida una adquisición de propiedad ni en favor del gestor ni de la Administración (62), por lo que siempre que el servicio deje de ser prestado o se demuestre que para ello no son necesarios sus bienes podrá él recuperarlos.

VII. POSIBLES REMEDIOS A LAS AFECTACIONES «A NON DOMINO»

Las afectaciones de bienes que no son propiedad del gestor al servicio público son —lo hemos visto— posibles, pero, desde luego,

(61) El criterio aquí —indisponibilidad de los bienes mientras estén afectos— es unánime; así lo entienden, refiriéndose al famoso caso de Tranvías de Mondariz a Vigo, S. A., L. MARTÍN-RETORTILLO, ARIÑO o ARIMANY, aunque luego —dado que no se daba esa premisa de la afectación, aunque sí de la cláusula de reversión— sus posturas fuesen divergentes. Vid. nota 36.

(62) Vid. nota 59.

no deseables (63), y, en cualquier caso, resulta del todo necesario el establecimiento de mecanismos correctores. Se registra, es evidente, un sacrificio que soporta el *verus dominus* para la prestación de un servicio a la comunidad, y de alguna forma ha de recomponerse el equilibrio perdido.

Estos mecanismos pueden agruparse en torno a tres categorías. En primer término, los remedios judiciales con los que se pretendería la tutela de los Tribunales para volver, por así decirlo, al punto de partida, recuperando el bien. Remedios preventivos tendentes a evitar este tipo de situaciones. Remedios sustitutorios a los que cabría acudir en el supuesto de que, producida la afectación, no pudiera el propietario recuperar sus bienes que se destinaron a la prestación del servicio.

Valoraremos a continuación las posibilidades de estos sistemas correctores.

1. Remedios judiciales. En particular, las tercerías de dominio

Entre los remedios judiciales se ha considerado de manera específica el que pudiera ofrecer el expediente de la tercería de dominio (64), cuando en realidad la posibilidad de su ejercicio se da en supuestos muy limitados por la reducción que imponen la concurrencia de los requisitos previstos en la legislación procesal (65).

Según esta última, la tercería de dominio sólo cabe interponerla en un proceso de ejecución, por lo que no es factible utilizar este expediente para recuperar unos bienes a no ser que los mismos se hallen sujetos a un proceso judicial de ejecución para la satisfacción de un crédito; situación ésta que no cabe esperar se dé con frecuencia porque mientras el servicio esté en funcionamiento no es admisible el embargo judicial de los bienes afectos (66). Sólo en el caso de interrupción del servicio —por las causas que sean— sin perspectivas de continuidad será posible el embargo de los bienes

(63) Así lo entiende también ARIÑO, en *La afectación...*, cit., pág. 97, por nota.

(64) Tal vez haya influido en ello que en el supuesto real más conocido y tratado, relativo a las consecuencias de la afectación al servicio público de bienes privados —el caso de Tranvías de Mondariz a Vigo—, se plantease una tercería de dominio, que fue objeto de atención en los trabajos de L. MARTÍN-RETORTILLO, ARIÑO y ARIMANY a los que hemos hecho referencia.

(65) Artículos 1532 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(66) Vid. CARRERAS, *El embargo...*, cit., pág. 183.

y, por tanto, el inicio de un proceso de ejecución al que se afecten estos bienes, y por ello, en fin, la interposición de una tercería por el propietario.

En tal supuesto, la tercería, que como se sabe se compone de dos acciones —contra el acreedor ejecutante y contra el deudor ejecutado—, debería prosperar frente al acreedor, pues contra él se ejercita un derecho de preferencia, y también frente al deudor, contra el que se ejercita un derecho de crédito (67). En cualquier caso, el margen de operatividad de las tercerías para recuperar los bienes afectos es muy reducido (68) —sólo cuando deja de prestarse el servicio y se inicia un proceso de ejecución en el que se pretende el embargo de los bienes—, y lo mismo ocurre, cabe decir, con otras acciones judiciales tendentes a recuperar la posesión del bien —como la reivindicatoria—, que no prosperarían por mantener una pretensión contraria a la continuidad del servicio. Tan sólo una acción declarativa alcanzaría en principio su objetivo, limitado, ciertamente, de proclamar el derecho del actor, en este caso la propiedad con todas sus consecuencias. La utilidad de esta declaración radica en que goza del valor de cosa juzgada con las ventajas que ello puede tener si, cuando el bien se desafecta, se plantean pretensiones de terceros o de la propia Administración.

2. Remedios preventivos

Las posibles medidas en prevención de este tipo de situaciones tendrían, primeramente, un doble objetivo: identificación del propietario de los bienes que se pretendan afectar y, en segundo lugar, obtener su declaración expresa de conformidad a esa afectación.

En esta línea parece pertinente que la Administración exija una declaración de propiedad al gestor sobre los bienes que pretende afectar al servicio o que demuestre unas facultades de disposición sobre el bien que le permitan incorporarlo al servicio. Muy acertada resulta la propuesta de ARIÑO de exigencia por parte de la Admi-

(67) CARRERAS, *El embargo...*, cit., págs. 309 y ss.

(68) Tal vez se explique la especial atención a un expediente de tan limitadas posibilidades por la consideración de la afectación como una especie de embargo. Son dos tipos de afectación, ciertamente, pero no cabe asimilarlos en su régimen jurídico haciendo de la tercería —expediente ligado al embargo judicial— una técnica normal en los supuestos de afectación.

nistración de la constitución de un aval bancario por parte del gestor: se garantizaría con ello el pago de este último en los casos de compraventas con reserva de dominio, y muy particularmente de las ventas a plazos (69).

Prácticamente imposible resulta, sin embargo, el evitar que el concesionario, eludiendo estas posibles exigencias de verificación de su propiedad, incorpore subrepticamente al servicio bienes que no le pertenecen, pues parece del todo inabarcable un seguimiento y control exhaustivo de la gestión del concesionario. La previsión por vía contractual de sanciones por afectaciones sin aprobación expresa de la Administración no facilitaría la recuperación del bien por su verdadero propietario, pero sí tendría —cabe esperar— un efecto disuasorio sobre el gestor.

3. Remedios sustitutorios

Ante la imposibilidad de recuperar el bien hasta que se interrumpa el servicio, o que por demostrarse innecesario quede desafectado, deberá recomponerse plenamente la esfera patrimonial del propietario mediante la correspondiente indemnización.

La lesión resulta aquí imputable al concesionario, pues él incorporó el bien a la explotación y, en cualquier caso, dispuso del mismo en el marco de una relación —una compraventa a plazos, un arrendamiento, etc.— con un tercero, el *verus dominus*, ajena a la prestación del servicio. Responsabilidad del concesionario que viene corroborada por el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa (70). Ahora bien, según el artículo 123 de esta misma Ley, «la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión... la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla», dejando «esta resolución... abierta la vía contencioso-administrativa». Semejante trato legislativo de la acción de responsabilidad por daños causados por concesionarios fue, como es sabido, cuestionado desde su aparición por la doctrina más autorizada, siendo, además, excepcionales los casos

(69) *La afectación...*, cit., pág. 97, por nota 71.

(70) Artículo 121.2 LEF: «En los servicios concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste.»

en que se han dado pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre este punto, lo que ha hecho suponer a BOCANEGRA «que la realidad ha ido discurriendo, como tantas veces ocurre, por otros senderos, y concretamente por la vía de las reclamaciones de responsabilidad ante los Tribunales ordinarios» (71).

(71) R. BOCANEGRA SIERRA, *Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros*, «REDA», núm. 18, 1978, pág. 400. Las críticas a la regulación de la LEF, que sitúa toda la actividad del concesionario bajo el ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad administrativa, con intervención en su caso de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa, fueron encabezadas por GARCÍA DE ENTERRÍA en su obra *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956.

Cabría, no obstante, mantener, en el supuesto que centra nuestra atención, que la responsabilidad no es sólo del concesionario, puesto que si bien éste ha incorporado de forma impropia el bien a la explotación, la Administración puede oponerse a que el verdadero propietario lo recupere para evitar así distorsiones en el servicio. La lesión aquí tendría una causa inicial en la actuación del concesionario, pero la negativa de la Administración, como titular del servicio, contribuiría, sin duda, a engrandecer el alcance de la lesión, prolongándola en el tiempo. Ante semejante planteamiento, el principio de garantía patrimonial de la víctima debería considerarse con carácter prioritario, siendo en esa línea una posible solución la apuntada por Jesús LEGUINA, según la cual los dos sujetos causantes serían responsables solidarios. Vid. *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, 1970; en especial, el apéndice «Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración».

JURISPRUDENCIA

