

SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO*

Por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Letrado del Consejo de Estado,
Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: Planteamiento.—I. Verificación práctica del problema: un ejemplo.—II. Antecedentes de una limitación de la imprescriptibilidad: imprescriptibilidad como prescriptibilidad centenaria. Derecho canónico. Derecho de las curias reales.—III. La base dogmática de una limitación de la imprescriptibilidad. 1. Afectación y desafectación del dominio, y posibilidad de su manifestación tácita. a) En Derecho romano. b) En Derecho intermedio. c) En Derecho actual. 2. Si la posesión abusiva de un particular sobre el demanio implica en algún momento desafectación tácita. a) Planteamiento general. b) La solución en la doctrina y en el Derecho comparado y español. c) El caso del llamado dominio público «natural». La teoría de la «degradación».—IV. 1. Desafectación tácita y fundamentos materiales de la prescripción. 2. Oportunidad de la determinación de plazos temporales.—V. Ambito de la imprescriptibilidad y de la prescriptibilidad del dominio público. 1. Imprescriptibilidad y titularidad pública necesaria del demanio. 2. Prescriptibilidad y régimen exorbitante del demanio.—VI. La protección del dominio público.

La lectura reciente de un trabajo de mis compañeros F. GARRIDO FALLA y E. SERRANO GUIRADO (1) ha hecho precipitar, en cierto modo, antiguas meditaciones propias sobre este viejo tema de la imprescriptibilidad del dominio público.

GARRIDO y SERRANO, llevados de un ánimo excelente, la protección de los montes públicos, proponen como medida radical a adoptar en una futura ley de Montes la formal configuración de estas propiedades como pertenencias del dominio público, y, expresamente, la declaración terminante

* Este trabajo ha sido compuesto para el homenaje al Magnífico y Excmo. Señor Don Carlos GARCÍA OVIEDO, en cuyo libro jubilar se publicará próximamente. En este texto, que es posterior, he corregido erratas y omisiones y he hecho alguna adición no sustancial.

(1) F. GARRIDO FALLA y E. SERRANO GUIRADO, *Consideraciones sobre una posible reforma de la legislación de montes*, en «Revista de Estudios Agro-Sociales», núm. 1, Madrid, diciembre 1952, págs. 33-48.

de su imprescriptibilidad. Parece ser ésta una tendencia marcada entre los administrativistas si, además de en esta manifestación, nos fijamos en otras anteriores del mismo SERRANO GUIRADO (2) y de A. GUAITA MARTORELL (3). Ahora bien, yo me permito dudar de la eficacia misma de esta medida, que precisamente en la eficacia quiere justificar su visible rigor. Pues ¿se ha pensado bien en cuáles son las consecuencias de una declaración de imprescriptibilidad de una cosa? ¿Pasa de ser la imprescriptibilidad un *pium desideratum* del legislador? ¿Es posible imponer prácticamente, e incluso instrumentar técnicamente, la imprescriptibilidad como una cualidad propia de una cosa? ¿Cuál es, en definitiva, el alcance de la nota de la imprescriptibilidad del dominio público, que viene repitiéndose académicamente?

I

Podemos entrar en el tema desde su más simple planteamiento práctico. Imaginemos un propietario de un terreno a quien un día cualquiera la Administración cita para demostrarle cumplidamente, en virtud de viejos títulos indubitables, que el terreno en cuestión no le pertenece por la razón de ser una parcela integrante del dominio público, parte—sigue la hipótesis—de una red de caminos hace quinientos años; ha habido, pues, una usurpación inicial, cuya nulidad de origen le impide convalidarse con el tiempo, y, a la vez, este tiempo tampoco ha podido sanar el defecto de justo título, pues cualquier excepción de prescripción ordinaria o extraordinaria quedaría radicalmente enervada por virtud del dogma de la imprescriptibilidad. Añadamos que los datos de que se dispone no dejan lugar a dudas: la prueba de la titularidad y de la misma usurpación inicial es perfecta. El propietario, naturalmente, no acepta la pretensión de la Administración, y la discrepancia queda planteada. Yo invito a cuantos creen en la eficacia de formales declaraciones de imprescriptibilidad a que intenten justificar, en el orden práctico, la posición de la Administración y, más difícil aún, que eviten su condenación ineluctable ante cualquier jurisdicción que hubiera de conocer del caso.

(2) Tesis doctoral, aún inédita, sobre *Naturaleza jurídica de los montes públicos en la legislación y jurisprudencia españolas*, 1949.

(3) *Régimen jurídico-administrativo de los montes*, Santiago de Compostela, 1951, págs. 118-119 y 211.

Si aceptan, como es forzoso, que el propietario del ejemplo lleva todas las de ganar, el experimento puede continuar de esta forma: reducamos paulatinamente ese tiempo de antigüedad de la usurpación originaria, y vayamos analizando, como en un laboratorio, los sucesivos resultados: 450 años, 400, 300, 275, 250, 200, 150, 125, 100 años. ¿Sigue siendo invencible todavía la posición del propietario? Bien, pasemos ahora el cabo mágico de los cien años (4): 99, 90, 85, 50, 25 años... ¿En qué límite deja tal propietario de serlo efectivamente? ¿Desde qué momento—pues tiene que haber uno—la Administración recobra su titularidad irresistible? ¿No denuncia este experimento, en cuanto juega de tal manera el tiempo, que alguna suerte de prescripción es esgrimible frente a las dependencias del dominio público? El interés de la cuestión en este lugar llega a su extremo: el suelo dogmático de la institución demanial parece cuartearse.

No de otra manera tuve personalmente que enfrentarme un día con este problema. En el Consejo de Estado se trataba precisamente de dictaminar sobre una cuestión exactamente igual que la del ejemplo anterior, que quizá mientras se exponía ha podido parecer convencional. En síntesis, el caso era el siguiente: al proceder a ejecutar una declaración de caducidad de una concesión de marismas otorgada el año 1853, el deslinde correspondiente suscitó veintiocho reclamaciones de otras tantas personas que invocaban derechos adquiridos sobre terrenos situados en la zona deslindada, en su generalidad como producto de ocupaciones abusivas y no por causahabiencia del primitivo concesionario. El problema era un todo análogo al de la hipótesis escogida. El Consejo de Estado hubo de abordar el problema en su fondo, y, al efecto, en su consulta 5.127 de 14 de diciembre de 1949 sostuvo... la posibilidad de prescribir el dominio público. Más adelante haremos una mención de su doctrina.

II

Históricamente se presentan antecedentes prestigiosos del tema, sobre los que es oportuno insistir. Me refiero, sobre todo, a la institución de la posesión centenaria o inmemorial, a cuya aplicación a la materia

(4) Sobre la significación del plazo de cien años, que merecerá inmediatamente nuestra atención, vid. mi trabajo citado en la nota siguiente.

pública he dedicado en otra ocasión un trabajo (5) al que debo remitirme ahora. Notaba entonces cómo esta curiosa institución era en rigor, y tras todas las vueltas a que su original planteamiento dogmático nos obligaba, una verdadera y real prescripción, que paradójicamente venía a aplicarse única y específicamente a todos los derechos imprescriptibles (6). En vida de esta institución, por consiguiente, la afirmación de imprescriptibilidad resultaba en verdad una pretensión de relativa modestia: quería decir, prácticamente, que la prescripción no podía producirse por posesión menor de cien años.

Interesa resaltar ahora que la institución de la inmemorial no surge tanto como un recorte a una pretensión abstracta de imprescriptibilidad, es decir, en el sentido de una limitación que hubiera advenido a ésta tras una resistencia que se le hubiera opuesto, como, por el contrario, al servicio de la imprescriptibilidad misma. Esto puede aumentar el pintoresquismo ya notable de la institución, pero es un hecho. Bajo ella late la sutileza admirable del Derecho canónico, todo él ejemplo incomparable de un dogmatismo jurídico dominado por el servicio instrumental de fines concretos. Es, en efecto, un hecho histórico incontrovertible que toda la armadura sutil de la posesión centenaria es alumbrada por los canonistas (7). Si los canonistas han demostrado tan cumplidamente con cuánto tesón y sabiduría sabían defender la causa de la Iglesia, es lícito dudar que en esta ocasión se descuidaran al permitir jugar frente a la integridad de las cosas eclesiásticas una prescripción de las mismas por los particulares que tan frontalmente viene a negar el postulado esencial de su extracomerciability. Es decir, cabe sospechar que el arbitrio de la centenaria no obedece a razón distinta de la que motivó la construcción por el canonismo de otros arbitrios igualmente sutiles: la lúcida defensa de la causa de la Iglesia. Así resulta, en efecto, a poco que se analice. Los canonistas, sin duda, se plantearon la dificultad absolutamente insuperable—que tan gráficamente luce en el ejemplo del apartado anterior y que luego analizaremos en detalle—de instrumentar la imprescriptibilidad como una suerte de carga real que afectase a una cosa perpetuamente y durante toda su existencia física (8). Sosteniendo la imprescripción

(5) *El dogma de la reversión de concesiones*, en *Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN*, Madrid, 1952, págs. 355 y ss.

(6) *Ibidem*, págs. 361-4.

(7) El canonismo opera, como en tantas ocasiones, sobre un precedente del Derecho romano, pero ya de la fase bizantina, debido precisamente al influjo de la Iglesia

durante un plazo de cien años, afirmaban así, en rigor, una doctrina posibilista, cuyo logro debe medirse, por tanto, no frente a la utopía irrealizable de una imprescriptibilidad de eficacia perpetua, sino precisamente frente a las comunes prescripciones extraordinarias que prácticamente se hubieran impuesto por aplicación del tipo general *sine justo título*, o *longissimi temporis*, y específicamente la de cuarenta años, formulada en esta cifra por el Derecho romano tardío precisamente para ser aplicada a la Iglesia católica (9). En realidad, pues, han logrado un sustancioso alargamiento de la prescripción común, que, en otro caso, les hubiera amenazado, si bien su teoría se cuida bien (un ejemplo de la *tolerantia camónica*) (10) de salvar el principio mismo de la extracomerciability, incluso de la misma imprescriptibilidad, que dogmáticamente no podía cederse; es conocido el arbitrio técnico de que se valen para de este modo salvar el fuero: presunción de privilegio con relevación de prueba, inmemorialidad a través de la doctrina de las tres generaciones, etc. (11). No por otra razón puede explicarse la concreción definitiva de la institución en el mismo texto de las Decretales (cap. 1.º, tít. XII de *praescriptio-nibus, in sexta*) y aun hoy en el Código de Derecho canónico (cánones 1.511 y 63 (12).

católica. Es en el Código de Justiniano (1, 2, 23) donde aparece como privilegio de la Iglesia el plazo prescriptorio de cien años, aunque en definitiva se trata de una experiencia apenas ensayada que el propio Justiniano deroga (Nov. 111; 541; 131; 6; 545). Todo ello según B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, I, Milano, 1952, págs. 392 y ss. No falta la opinión, nada inverosímil, de que la alusión a la centenaria encubre una interpolación (GRADENWITZ), apud BIONDI, loc. cit. nota). En todo caso es patente, como luego veremos, la involucración en la inmemorial canónica de la *vetustas* o inmemorial romana, medio legitimador excepcional aunque sin fijación de plazo.

(8) Cfr. *El dogma...*, cit., pág. 362.

(9) Nov. 111; 541; 131; 6; 545. Cfr. *supra* nota 7 y citados. BONFANTE señala que esta *pre-scriptio longissime temporis* de cuarenta años, como especialidad sobre la *triginta annorum* común, fué fijada para los inmuebles de la Iglesia y de las *piae causae* y de las cosas litigiosas, *Istituzioni di Diritto Romano*, 10.ª ed., Torino, 1951, pág. 294. En todo caso se trata de una prescripción que constantemente amenaza a la Iglesia, especialmente en cuanto se agudiza el problema político de las propiedades eclesiásticas, momento que coincide con la destrucción de la idea de inmemorialidad del *ius commune* y su sustitución por la *vetustas* clásica, que aboca prácticamente al mismo plazo. Vid. *infra*.

(10) Vid. sobre esto la reciente exposición sistemática de G. OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, Milano, 1953. Una aplicación polémica de estos arbitrios flexibilizadores, esgrimidos frente al riesgo de una rigidez legislativa que cree ver en el *Codex*, en A. HAGEN, *Prinzipien des Katholischen Kirchenrechts*, Würzburg, 1949, en especial págs. 57 y ss.

La transposición de la institución a las cosas públicas era forzosa. No sólo el influjo dominador del Derecho canónico sobre el derecho de las curias regias (13) lo imponía, sino también la propia organización jurídica en que está inmerso el príncipe medieval, *cosmos de privilegios* ordenado por la dialéctica de los *iura quaesita* (14). En el trabajo a que me estoy refiriendo constan los datos que prueban efectivamente cómo la inmemorial se aplicó a las cosas públicas en los mismos términos que a las cosas eclesiásticas, produciendo por ende a favor del príncipe (y

(11) *El dogma...*, cit., págs. 57 y ss.

(12) El Cardenal GASPARRI da las siguientes fuentes históricas de estos cánones:

a) Del canon 1.511: C. 16, 17, c. XVI, q. 3; c. 13, 14, 17, X, de *praescriptionibus*, II, 26; c. 4, X, de *confirmatione utili vel inutili*, II, 30; de *praescriptionibus*, II, 13, in VI^o; Honoris III, ep. «*Sedis Apostolicae*», 23 apr. 1221; Ecdictus XIV, Const. «*Ad honorandam*», 27, Mart. 1752, § 30.

b) Del canon 63: C. 8, c. IX, q. 3; c. 9, X, de *officio iudicis ordinarii* I, 31; c. 13, X, de *foro competendi*, II, 2; c. 4, 18, X de *privilegiis et excessibus privilegiatorum*, V, 33; c. 2, 3, 6, 7, de *privilegiis*, V, 7, in VI^o. Vid. *Codex iuris canonici, Pii X Pontificis Maximi iussu Digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus. Praefatione, fontium, annotatione et indice analytico-alphabetico*, ab Emo. Petro Card. GASPARRI, Romae, 1918, págs. 439 y 13.

(13) Es completamente visible el influjo del Derecho canónico sobre el derecho de las curias regias, y el ejemplo más fácil puede ser el de todo el derecho de los oficios, que juega un papel cardinal en la construcción del Estado moderno en sustitución de la concepción feudal de las funciones públicas. La Iglesia es el modelo natural, dada la precocidad histórica del Derecho canónico, para quienes están empeñados en una obra de organización y, más específicamente, de centralización. En el hecho mismo de la polémica de los dos poderes debe verse, por encima de la mutua oposición, el campo apropiado para la más eficaz y recíproca influencia; «los que luchan—decía HEGEL—están abrazados» (Cfr.,³ sobre el carácter socializador o comunizador de toda lucha, el luminoso capítulo de G. SIMMEL *Sociología*, trad. esp., I, Buenos Aires, 1939, págs. 247 y ss.). Sólo puntos concretos de esta influencia canónica, todavía visibles incluso en el actual Derecho administrativo, han sido puntualizados por los historiadores, en espera de una investigación conjunta que es inexplicable que no haya tentado todavía a un historiador ambicioso. Como estudios parciales, vid. S. MOCHI ONORY, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello stato (imperium spirituale-iurisdictione divisa-soveranità)*, Milán, 1951. OLIVIER MARTIN. *Quelques exemples de l'influence du Droit Canonique sur le Droit Public de l'ancienne France*, en las «*Actes du Congrès de Droit Canonique à Paris*», abril, 1947. En el curso que durante 1953 he desarrollado en el Instituto de Estudios Políticos sobre «*Dogmática y sistema de fines en Derecho administrativo*», he tratado de poner de relieve algunos aspectos de esta relación desde el ángulo estricto a que tal tema se refiere.

(14) La expresión «*cosmos de privilegios*», «*haz de privilegios*», dirigida al orden jurídico medieval, es de Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, trad. esp. de J. FERRATER MORA, México, 1944, t. III, pág. 172; t. IV, pág. 223. Sobre el principio de los *iura quaesita*, O. MAYER, *Le Droit administratif allemand*, ed. fr., I, París, 1903, págs. 32 y ss. Alusiones en mi trabajo *El dogma...*, cit., pág. 380.

de las villas y de los pueblos) los mismos resultados beneficiosos que sobre el problema que nos ocupa acabamos de poner de relieve.

Ahora bien, precisamente esas particularidades del orden jurídico medieval fueron las que determinaron la suerte de la inmemorial en su aplicación política, que fué, aparte de ese aspecto dominical, completamente negativa. Es sabido que la institución se justifica precisamente dentro de la tesis del privilegio presunto (15). Los privilegios canónicos capaces de ganarse por la inmemorial no implicaban nunca de suyo verdaderas disgregaciones del poder eclesiástico en manos de los organismos o jerarquías inferiores o de los simples súbditos, sino meras dispensas o contenidos honorarios, Jerecho singular en el caso más amplio, *lex in privos lata* que no variaba el *status* de la organización y de la sujeción y la obediencia. La institución encontraba un límite en el derecho divino, con su carácter absoluto, y especialmente en la potestad del Obispo de Roma, verdadera «piedra» sobre la que el canonismo edifica su construcción política. Es decir, la Iglesia contaba—en sentido jurídico—con un verdadero poder político en el seno de su organización, ordenada desde una posición general y abstracta de superioridad, que por lo mismo no puede ser inquietada por privilegios particulares de los súbditos. La amenaza de una feudalización de las iglesias había quedado felizmente atrás después de la reforma gregoriana y de la polémica de las Investiduras. Frente a esta situación, la posición del príncipe distaba mucho todavía de una tal solidez jurídica. El, simplemente, dentro de ese «haz de privilegios» común cuenta con los suyos propios, tasados según lo que resulta de títulos concretos, los derechos propios del Rey, los *iura regalia* (16), que dentro de su mismo carácter casuístico estaban afectados, igualmente que los de los súbditos, por el comercio de los *iura quaesita*. Este comercio entre los derechos del príncipe y los de los súbditos resulta, en efecto, insoslayable desde la esencial consideración del Derecho

(15) *El dogma...*, cit., págs. 372-3. *Praescriptio immemorialis habet vim titulo et privilegii*. La concepción del orden jurídico como «cosmos de privilegios», cada uno justificado en su título de adquisición, ha de constituir por eso para la institución un verdadero caldo de cultivo.

(16) Sobre los *iura regalia*, además de lo señalado en *El dogma...*, cit., y allí citados (pág. 375, nota), vid. G. von BELOW, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, I, Leipzig, 1914, págs. 149 y ss. Von SCHWERIN, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 4.ª ed. de H. THIME, Berlín und München, 1952, pág. 62, y allí citados. Importante para estudiar los orígenes de la institución, W. M. NEWMANN, *Le domaine royal sous les premiers capétiens* (987-1180), París, 1937.

como cosmos de privilegios singulares, de modo que por definición todos participan del mismo rango intrínseco, aunque también todos se diversifiquen entre sí por su objeto en cuanto específicamente señalado. La aplicación de la inmemorial sobre este fondo implicaba por eso para el príncipe comprometer la integridad de su tasado y corto elenco de facultades. Mientras la Iglesia arriesgaba con la institución cuestiones secundarias que no llegan a afectar nunca a su potestad de gobierno, logrando a cambio una protección efectiva de todo su vasto e importante patrimonio, el príncipe no compensa las ventajas en este orden patrimonial con las sustanciosas limitaciones que le acarrea, limitaciones que se hacen patentes, sobre todo, en cuanto la idea de la soberanía aparece y convive durante un largo tiempo con la concepción regaliana (17). Creo haber probado en mi trabajo el desarrollo que en nuestro Derecho (y, en general, en el *ius commune* de Occidente) (18) tuvo la posesión inmemorial aplicada precisamente a esa labor disgregadora del poder del príncipe.

La reacción frente a tales limitaciones, largo tiempo intentada por los legistas regios, va a llevar, en cuanto se consagre la victoria definitiva

(17) La concepción regaliana del poder, sobrepuesta a la concepción propiamente política, dura en realidad más de lo que se cree de ordinario, hasta el umbral mismo de la Revolución francesa. Recuérdese la polémica que en nuestro siglo XVIII ilustrado se centra precisamente sobre el concepto de regalía, y la consagración que todavía en el siglo XIX hace la Novísima Recopilación de las viejas construcciones jurídicas, inmemorial incluida. Las exposiciones clásicas, por ejemplo, la de O. MAYER (op. cit., I, págs. 15, 23 y ss.), que imaginan superada la concepción regaliana por el advenimiento de la soberanía del Estado absoluto o de policía, ha hecho olvidar este hecho esencial para la historia del Derecho público, y en especial del Administrativo, sobre el que me propongo insistir en otra ocasión. Ocurre, simplemente, que el poder soberano que inaugura el Príncipe con el Estado moderno no deja de ser un término polémico hasta el momento en que el dogma racionalizado de la soberanía nacional y de la voluntad general va a prestarle, además de una extensión ilimitada y verdaderamente absoluta como hasta entonces no lo había sido más que en aspiración, una legitimación indiscutible, políticamente operante a través de la dominación de la burguesía. El proceso del absolutismo es por eso creciente: la soberanía o poder absoluto va integrando paulatinamente zonas resistentes y extensas. En estas condiciones, la utilización por el Príncipe de sus viejos títulos regalianos le permite escapar de la polémica a que está sometido su poder, y hacer éste, por consiguiente, en tales puntos concretos, indiscutible. La regalía es el poder pacífico e incontestable, y en este sentido será utilizada por los juristas regios hasta el momento mismo del establecimiento del nuevo orden revolucionario.

(18) Vid. la obra fundamental de F. CALASSO, *Introduzione al Diritto Comune*, Milano, 1951.

del poder político, a un repudio absoluto de la institución de la inmemorial, que conmemoraba el odiado sistema de los *iura quaesita*. Esta singular aversión se prolongó todavía con la continuidad de las defensivas cláusulas de reversión cuando en rigor la inmemorial ya no podía jugar sus efectos disgregadores (19). Se ocultaron de este modo los beneficios que en el orden patrimonial ha seguido hasta la fecha aprovechando el canonismo, y se dejó esa protección al solo cuidado de una declaración formal de imprescriptibilidad, que la creencia recién estrenada en la virtud taumatúrgica de la ley pudo entonces quizá estimar suficiente.

La lección de la historia sobre el tema de la imprescriptibilidad resultó así olvidada; la lección, sobre todo, de una doctrina jurídica en extremo alerta que hubo de buscar en el posibilismo la salida efectiva a tan grave cuestión. Pero es hora ya de preguntarse: ¿y en qué punto radica la debilidad de la tesis de la imprescriptibilidad?; ¿dónde está verdaderamente su quiebra dogmática?

III

Hasta ahora hemos utilizado dos tipos de razonamientos para ilustrar las quiebras a que una pretensión abstracta de imprescriptibilidad conduce: por una parte, un razonamiento puramente negativo, y apenas nada más que apuntado, según el cual cualesquiera que fueren los motivos y los instrumentos del principio de prescriptibilidad no sería prácticamente posible construir ésta como una carga real perpetua que afectase a una cosa singular por y durante toda su existencia física; por otra

(19) *El dogma...*, cit., especialmente págs. 391 y ss. Después de redactado este trabajo citado, he encontrado en la prestigiosa Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866 la más autorizada consagración de mi tesis, que liga la reversión en el plazo de noventa y nueve años al juego de la posesión inmemorial o centenaria. Dice este texto: «Estas últimas concesiones, cuando se hacen... a Sociedades o Empresas para regar tierras ajenas mediante el pago de un canon o pensión, *no deben exceder de noventa y nueve años*, transcurridos los cuales quedan las tierras regables libres de aquél. La Comisión ha creído conveniente establecer esta duración limitada, porque la experiencia ha demostrado con cuánta repugnancia se pagan esos cánones o pensiones cuando, *perdida por el transcurso del tiempo la memoria* y aun la tradición de lo justo de su origen, el interés incita a mirarlos como odiosas gabelas.» ¿No puede constituir este texto el verdadero «eslabón perdido» cuya falta alguien ha creído notar en la evolución expuesta en mi trabajo?

parte, la invocación de un ejemplo histórico que mostraba un abandono efectivo de aquella pretensión.

Es hora, sin embargo, de desentrañar el argumento positivo y directo que afecta centralmente al dogma de la imprescriptibilidad del dominio público, argumento que, como derivado de los propios términos institucionales de esta figura, no ha podido dejar de considerarse en todos los tiempos en que ésta ha existido con mayores o menores particularidades (20), aunque de modo curioso tal consideración se haya cuidado de presentarse en forma que dejase intacto el principio mismo de la imprescriptibilidad.

1.—Toda la institución del dominio público gira, como es sabido, sobre un *criterium* esencial: la llamada «afectación», destinación, destino, de las cosas particulares que integran sus dependencias. Sin ánimo de entrar ahora en la polémica sobre la precisión exacta del término final de esta disposición de tales cosas (21), y dando por consiguiente a la expresión un valor inespecífico, diremos que esta afectación es precisamente a la utilidad pública que la Administración directamente representa y gestiona. Una cosa ingresa en el dominio público en cuanto queda afectada a esta utilidad; cesa en cuanto tal afectación termina. Es pura y simplemente la doctrina del Código civil, artículos 339, 340 y 341. En estos mismos términos la institución fué configurada ya en el Derecho romano, sobre el concepto de *publicatio* o *dicatio ad populum*, a su vez una transposición de la *consagratio* eclesiástica sobre las *res divini iuris*. Rigurosamente, la *afectación* o *publicatio* explica, justifica y mide el conjunto íntegro de las particularidades dogmáticas del dominio público y, entre ellas, las fundamentales de su inalienabilidad y su imprescriptibilidad (22). Así, una cosa en cuanto pierde la *publicatio* o

(20) El afán de ahistorificar el Derecho administrativo ha llevado, sobre todo en Francia, a sostener la tesis de una creación original de la teoría del dominio público por el régimen administrativo del siglo XIX. El equívoco suscitado por la disolución del antiguo dominio de la Corona ha sido la base de esta tesis, que ahora pretende aplicar a nuestro Derecho, con mucho menor fundamento, L. LÓPEZ RODÓ, *Naturaleza jurídica de los bienes del Patrimonio nacional*, en *Estudios dedicados al prof. GASCÓN Y MARÍN*, cit., págs. 527 y ss. Vid. en el texto *infra*.

(21) Vid. una exposición crítica de la polémica sobre este extremo, con amplias referencias, en M. BALLBÉ, *Concepto del dominio público*, separata de la «Revista Jurídica de Cataluña», Barcelona, 1945, págs. 27 y ss. E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, págs. 42 y ss.

(22) Vid. especialmente M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, 12 ed., París,

afectación, ingresa automáticamente en el patrimonio privado de la Administración y es susceptible, en consecuencia, de una comerciabilidad ordinaria y, por ende, de ser objeto de una prescripción en los términos comunes: artículo 341 del Código civil.

Esto establecido, interesa detenerse ahora sobre el eje mismo afectación-desafectación para preguntarse si tanto una como otra de estas disposiciones cardinales de las cosas deben producirse precisamente mediante actos formales constitutivos, mediante pronunciamientos solemnes, sobre los cuales poder legitimar los fundamentales efectos que de tales situaciones se derivan. Estos efectos imputables a la afectación o desafectación de las cosas respecto a la utilidad pública parecen, en efecto, lo suficientemente graves e importantes como para merecer la exigencia de pronunciamientos expresos y solemnes, para imponer, en fin, la específica garantía de un acto formal (23). Sin embargo, y pese a intentos concretos, esto no ha ocurrido en época ni ordenamiento alguno. Nunca un Derecho ha podido exigir el empleo de fórmulas sacramentales para entender cumplidos los presupuestos esenciales de la afectación o la desafectación, en consecuencia de lo cual ha debido remitir en mayor o menor medida su cumplimiento a la interpretación de los *facta concludentia*. Examine-mos esta circunstancia con algún detalle.

a) El ejemplo del Derecho romano es de primer orden, no sólo por el común valor paradigmático con tanta justicia atribuible a sus solu-

1933, págs. 789 y ss. M. DUVERGER, *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, París, 1941, págs. 201 y ss. F. MAROGER, *L'affectation a l'usage public des biens patrimoniaux administratifs*, París, 1942, y el prólogo, de R. CAPITANT. A. de LAUBADÈRE, *Domainalité publique, propriété administrative et affectation*, en «Revue de Droit Public», 1950, págs. 5 y ss. GUICCIARDI, *op. cit.*, págs. 161 y ss., y allí citados. S. ALVAREZ GENDÍN, *El dominio público. Su fundamento y naturaleza jurídica*, en *Estudios dedicados al prof. GASCÓN Y MARÍN*, *cit.*, págs. 259 y ss. Disiente de la tesis común L. JANNSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, París, 1938.

Para el Derecho romano, G. FRANCA, *Le res extrapatrimonium humani iuris*, en «Annali cristini», 1941. V. SCIALOJA, *Teoria delle proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, págs. 204 y ss. G. SCHERFLO, *Lezioni di Diritto romano. Le cose*, Parte prima, Milano, 1945, págs. 89 y ss. Texto fundamental sobre la *publicatio*, éste de UPIANO: «... viae autem publicae solum publicum est relictum ad directum certia finitibus latitudinis ab eo, quo ius publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur». D. 43. 8. 2, § 21.

(23) Sobre el sentido de las formalidades en el Derecho, vid. las magistrales observaciones de R. von JHERING, *L'esprit de droit romain*, trad. fr., III, París, 1887, págs. 162 y ss., y de F. GENY, *Science et technique en Droit privé positif*, III, París, 1921, págs. 94 y ss.

ciones, sino, específicamente, porque la *publicatio* tuvo en él resabios religiosos notorios, sin embargo de lo cual se vió forzado a admitir soluciones materiales fuera de todo formalismo. En primer lugar, la *publicatio* se entendía cumplida, y, por tanto, el paso de las cosas *in publicum relictas* por el hecho simple de la destinación de las mismas al uso público, sin precisión de fórmula del magistrado; la «apertura al público» en la terminología actual (24), como circunstancia fáctica, era, pues, en el Derecho romano, un modo normal de afectación (25). En segundo lugar, la *vetustas* o uso inmemorial—sólo lejano antecedente de la inmemorial canónica como prescripción centenaria a que nos hemos referido más atrás (26)—hacía presumir igualmente el carácter público de la cosa, sustituyendo, por tanto, al título formal (27). Todo esto sin contar, por supuesto, aquellas cosas públicas no precisadas de una calificación particular y cuya pertenencia a las *res publicae* deriva simplemente de su inclusión en un tipo general: ríos perennes y sus riberas, el mar, etc. (28).

Ahora bien, si esto ocurre con la *publicatio*, lo mismo debe ocurrir con su reverso, con la *expubliatio*—expresión no de las fuentes—, que marca el fin del carácter público de las cosas. Aunque los textos no son en general expresos, debe admitirse en Derecho romano la posibilidad de remitir a una situación fáctica la cesación de la demanialidad de una cosa, sin precisión de solemnidades, y ello como una simple consecuencia de los enunciados anteriores sobre el alcance de la *publicatio*. Concretamente, el juego de la *vetustas* a favor de titularidades privadas de cosas supuestamente públicas está denunciada en las fuentes, aunque se cues-

(24) Cfr. R. ALESSI, *Le prestazione amministrative rese ai privati*, Milano, 1946. págs. 115 y ss.

(25) Vid. el texto de ULPIANO, citado *supra*, nota 20. Cfr. SCIALOJA, op. cit., página 231, nota. SCHERILLO, op. cit., págs. 104-5.

(26) Vid. mi trabajo *El dogma...*, cit., págs. 358 y ss. Como luego veremos, parte de la doctrina actual sobre el tema que estamos tratando utiliza el concepto estrictamente en su significado romano, no en el canónico.

(27) D. 43, 7, 3. Vid. P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, II, 1, Roma, 1926, pág. 84.

(28) Este grupo, que refleja en cierto modo la distinción moderna entre demanio necesario o natural y demanio accidental, que es casi general en la doctrina italiana y en buena parte de la francesa (vid. *infra* en el texto y nota 59), integraba en el Derecho romano una categoría singular, la de las *res publicae iuris gentium*, notada por GAYO (D. 1, 8, 5; Inst. 2, 1, §§ 4-5), SCAEVOLA (D. 43, 8, 4), PAPINIANO (D. 41, 3, 45, pr.) y PAULO (D. 18, 1, 34, I; D. eod. 51).

tionem sobre su sentido (29). Creo por eso que las conclusiones que en general se van a sentar más abajo sobre las posibilidades de prescribir el dominio público podían haber sido de aplicación en este ordenamiento histórico.

b) Durante el Derecho intermedio, la cuestión hay que situarla dentro de las singularidades que en esta época presenta la institución del demanio. Ha sido GIERKE el primero que ha puesto en relación certeramente el problema de la personalidad jurídica de los entes sociales con el desarrollo de esta institución. No reconocida la personalidad jurídica del grupo, se carece de arbitrio técnico para imputar a éste la titularidad de las cosas de uso público, que es el primer requisito dogmático del demanio en cuanto propiedad. De ahí que, pasando a primer plano la circunstancia del uso colectivo, deba explicarse el régimen de estas cosas, bien según la construcción de la comunidad *gesamte Hand*, bien, según las fuentes romanizadas, conforme a la teoría de las cosas comunes. La concepción asociacionista de los entes públicos determina, en efecto, que los legistas sometan a violencia los textos romanos relativos a las *res in uso publico*: en el principio de atribución de estas cosas al *populus Romanus* creen encontrar, equívocamente, el paralelo con aquella concepción (30) (31).

(29) Es difícil discernir hasta qué punto la titularidad privada que la *vetustas* consagraba era una titularidad concesional (en el sentido, por ejemplo, de nuestra prescripción del derecho concesional de aguas: artículo 409, núm. 2, del Código civil), o más bien una verdadera titularidad de propiedad. Sólo en este último caso podría hablarse de una verdadera prescripción en el sentido que estamos investigando. La doctrina actual, como veremos, hace uso del precedente en esta última aplicación. Las fuentes aceptan la *vetustas* en materia de derivaciones de aguas y de acueductos o *ductus aquae* (distinto de la *servidumbre*): D. 43, 20, 32; D. 39, 3, 26; C. II, 43, 4. La cesación de la demanialidad en el grupo de las *res publicae iuris gentium*, sin necesidad de acto solemne, por simple cesación de sus circunstancias de hecho, está admitida con normalidad y es más conocida: mutación de cauce, etc.

(30) Vid. O. von GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, Berlín, 1881, págs. 229, 667 y ss. También. O. MAYER, op. cit., III, págs. 88 y ss. M. BALLBÉ, con amplias referencias de autoridades clásicas, en *Las reservas dominiales*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 4, abril 1951, nota 2, págs. 66-67. La construcción está reconocida rigurosamente en nuestro Derecho: Ley 9, tit. XXVIII, Partida 3.ª; vid. referencias en mi trabajo *El dogma...*, cit., págs. 366-7. Este antecedente de la institución del dominio público debe entenderse sin mengua de los precedentes regalianos que confluyen igualmente a esta misma institución actual; en el mismo trabajo, págs. 375 y ss., me he referido a ellos.

(31) A esta concepción, y como notable pervivencia histórica, debe referirse la

Se comprende bien que, desde este planteamiento, todo el régimen jurídico de las cosas públicas tenga que venir determinado fácticamente. Por de pronto, la afectación y la desafectación de las cosas al uso público resultará, simplemente y de modo ordinario, de las puras circunstancias de hecho del uso o del no uso, sin precisión ninguna de fórmulas sacramentales. Con lo cual el principio de imprescriptibilidad no será enunciado propiamente como un *privilegium populus*, como una excepción singular en el ordenamiento jurídico, sino que, simplemente, se afirmará por razones igualmente de hecho: por el «hecho» de que las cosas están en el uso público no son susceptibles de posesión individual, requisito primero de una prescripción. Así, Gregorio LÓPEZ, citando a la Glosa, a BARTOLO, Luca DE PENNA y otras autoridades del *ius commune*, utiliza específicamente este argumento: «Istae res [publicae] non possidentur neque in eis cadit possessio... non ergo potest praescribi quod non potest possideri»; y recalca su referencia a las «res publicis usibus destinata», pues «res usui publico destinatae non possunt possidere... etiam per ipsos municipales in quorum locis haec sunt» (32). En estos términos el problema está, sin embargo, en el supuesto de una posesión abusiva que comience por apartar la cosa del uso común, haciéndola apta, por consiguiente, para el ejercicio de un señorío individual. ¿Equivale esto, sin más, a una desafectación, y juega, por tanto, a continuación la regla general de prescriptibilidad de las cosas patrimoniales? La conclusión no está, desde luego, en la conciencia de esta doctrina, y ello no sólo por ese *plus* de prudencia práctica que corrige siempre las consecuencias

figura actual de nuestros *bienes comunales*, cuya calificación jurídica ha despistado a menudo a la doctrina y a la jurisprudencia. Vid., sobre el particular, R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Sobre la naturaleza jurídica de los bienes comunales*, en «Revista de Derecho Privado», marzo 1928, págs. 66 y ss. y nota 85, *infra*.

(32) Glosa «Plaça», a la Ley 7.ª, tit. XXIX, Partida 3.ª El origen de este argumento está claramente en el siguiente texto del Derecho romano: «Forum autem et basilicam hi quae similia [municipes] non possident, sed promiscue his utuntur» (D. 41, 2, I, § 22), texto que hace alusión claramente a la capacidad de los municipios («universi consentire non possunt»), y no a la de los particulares, como aplican los comentaristas, determinados por la perspectiva con que enfocan el tema. Sobre su significado y el de otros textos contradictorios, vid. SCHERILLO, *op. cit.*, págs. 195 y ss. Es muy significativo, como se ve, el cambio de sentido de las fuentes romanas para aplicarlas al problema de la prescripción. Es curioso que el argumento a que alude el texto esté presente todavía en R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, 2.ª ed., II, Barcelona, 1931, pág. 168, nota: «la posibilidad de la prescripción había de resultar del uso mismo de la cosa, y es ese uso lo que constituye la condición del mismo dominio».

excesivas de una construcción conceptual, sino también, y sobre todo, porque para este evento reserva esta misma doctrina el beneficio (¡ahora se ve bien que es beneficio!) de la prescripción centenaria a que ya nos hemos referido. Prescindiendo ahora de esta figura, he aquí cómo desde el planteamiento de este sistema histórico la puerta de una prescripción de las cosas públicas queda abierta.

c) 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 quizá 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 (33), 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 (34).

(33) Vid. HAURIUO, *op. cit.*, pág. 790, donde habla de «des pistes terriennes frayées depuis un temps immemorial». El concepto ha llegado a lucir en la legislación positiva; en la misma página cita HAURIUO la Ley de 20 de abril de 1881 sobre los caminos rurales, que curiosamente toma el tiempo inmemorial como simple legitimación para motivar un pronunciamiento de afectación expreso, momento hasta el cual el camino no ingresaría propiamente en el dominio público (dice el texto; yo me permito suponer que el ingreso será en la red específica de caminos rurales, sin duda, una categoría particular en la legislación de vías públicas; no puedo creer, por amplio que sea el crédito al racionalismo administrativo, que en Francia deban estar catalogadas la totalidad de las sendas y de los vericuetos como condición de su régimen público).

(34) En el mismo lugar cit. en nota anterior, habla HAURIUO de una «affectation administrative explicite ou implicite». La autoridad de Gastón JÈZE, en una de sus características notas de jurisprudencia, sancionó doctrinalmente esta solución en base a un *arrêt* del Conseil d'Etat («Revue de Droit Public», 1944, pág. 247: «le fait qu'un ouvrage public est livré à sa destination est seul décisif... c'est l'affectation à la circulation et non le classement qui crée la voie publique, au sens du dépendance du domaine publique»). En P. DUEZ et G. DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, París, 1952, se recoge, ya formulada como normal, la doctrina de la afectación tácita, pág. 769, en base a una reiterada jurisprudencia, de la que incluye un extracto en pág. 770. nota.

La consecuencia de una desafectación igualmente tácita ha tropezado, sin embargo, con mayor resistencia: mientras el Consejo de Estado la ha negado en alguna ocasión (35), los Tribunales judiciales, con el respaldo de la propia doctrina administrativista, la han aceptado (36). Es muy posible que estas dificultades hayan surgido con ocasión del tema concreto que nos ocupa, que constituye sin duda su más directa y, por supuesto, extremada aplicación. 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 de la desafectación tácitas ha concluido por imponerse. En otros países esta doctrina no presenta dificultad, por lo cual bien puede decirse, en conclusión, que en todas partes es hoy general (37).

Concretamente, en nuestro Derecho la tesis no pugna con las normas generales aplicables, antes por el contrario, parece encontrar en ellas un respaldo directo. La norma clave es el artículo 341 del Código civil, donde dice: «Los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado.» La frase «dejar de estar destinados» parece referirse precisamente a un simple resultado de hecho, sin que se haga jugar para nada ninguna distinción

También, aunque todavía con importantes reservas, en A. de LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, 1953, págs. 743 y ss.

(35) *Arrêt Marrot*, de 20 de junio de 1930, citado por DUEZ et DEBEYRE, op. cit., pág. 771, nota. No he logrado consultar su texto ni el de las conclusiones del Comisario RIVET, en que se basa, para discernir hasta qué punto la doctrina está formulada con alcance general o está determinada por el caso concreto que se enjuiciaba. Sin embargo, en el *arrêt Société auxiliaire de l'Entreprise* de 5 de mayo de 1944, comentado por Gaston JEZE, loc. cit. *supra* nota anterior, el Comisario CHENOT declara expresamente: «pour que cesse la demanialité publique il n'est pas nécessaire qu'un acte spécial ait prononcé, en termes exprés, le passage d'une dépendance de ce domaine public dans le domaine privé; il suffit que l'administration ait donné au terrain considéré une affectation incompatible avec l'usage qui le rattachait au domaine public». JEZE ratifica esta doctrina y aporta otro antecedente: *arrêt Ville de Cannes* de 5 de mayo de 1943. Esta doctrina, como se ve, es neta, y contradice la tendencia que señalan DUEZ et DEBEYRE.

(36) Apud DUEZ et DEBEYRE, op. cit., pág. 761, que apoyan expresamente esta tesis de la «desaffectation de fait». La decisión jurisprudencial que citan es de estos datos: Req. 11 de marzo de 1946, que tampoco me ha sido accesible. Las conclusiones del Comisario CHENOT, que se citaron en nota anterior, invocan otro precedente judicial: Cass. civ. 8 mayo 1865.

(37) Para otros países, vid. MAYER, op. cit., págs. 137 y ss. E. FORSTHOFF: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, 3.ª ed., München und Berlin, 1953, págs. 297 y ss.

entre las causas que pueden producirlo, que pueden ser con normalidad, por consiguiente, así una determinación formal (por ejemplo, la baja de un buque en la Armada, la rectificación de trazado de una carretera en virtud de un proyecto aprobado), como una simple circunstancia de hecho.

Más expresamente, el Consejo de Estado, en la consulta que al comienzo hicimos referencia, ha formulado ya por vía general esta doctrina: «Es preciso no entender la regla de la inalienabilidad del dominio público en un sentido absoluto y abstracto. La inalienabilidad es un atributo del principio de la afectación a la utilidad pública, y así como esta afectación, particularmente cuando es al uso general, no es realizada siempre por un acto formal y solemne (*publicatio*), así la desafectación puede resultar igualmente por un medio tácito remisible a la interpretación fáctica» (38). En general la doctrina, salvo una expresa disidencia, corrobora esta tesis (39).

Toda la investigación arroja, pues, un resultado favorable, histórica, positiva y doctrinalmente, a la tesis de la afectación y la desafectación tácitas. Quedándonos ahora con este último término, desafectación tácita, el problema que nos ocupa queda situado centralmente.

2.—a) La cuestión es ahora la siguiente: si el hecho de que un particular funde con éxito una posesión exclusiva sobre una dependencia del dominio público, apartándola con ello de su función propia, de aque-

GUICCIARDI, op. cit., págs. 165 y ss.; S. ROMANO, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, recogido en *Scritti minori*. II, *Diritto amministrativo*, Milano, 1950, págs. 123 y ss.; VASALLI, *Observazioni intorno alla formazione della demanialità*, en *Scritti giuridici*, Roma, II, 1939, págs. 51 y ss. W. ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, págs. 249 y ss. M. CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, 1951, págs. 183 y ss.

(38) Consulta núm. 5.127, de 14 de diciembre de 1949.

(39) J. GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 7.ª ed., I, Madrid, 1941, pág. 366. C. GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., I, Madrid, 1953, pág. 162. La oposición expresa a la tesis de la desafectación tácita está representada en nuestra doctrina por S. ÁLVAREZ GENDÍN, *El dominio público*, cit., págs. 286 y 287; ahora bien, su argumento de que «no es admisible la desafectación tácita para prescribir, pues quebraría la doctrina de la imprescriptibilidad», si exacto en poner de relieve ciertamente esta relación, no es quizá justo como argumento sustancial, pues está determinando la causa del régimen demanial, que es la doctrina de la afectación, por el efecto, que es la tesis de la imprescriptibilidad. Como hemos de ver más abajo, procede invertir los dos términos: porque es inevitable la desafectación tácita, se implican, en efecto, determinadas limitaciones de la imprescriptibilidad.

lla a la cual estaba formalmente afectada, y continúe esta posesión durante tiempo, si este hecho—prolongado temporalmente cuanto se quiera—puede y debe ser tomado como una efectiva desafectación tácita, determinante, por consiguiente, de la cesación de demanialidad de la cosa de que se trate. Hemos probado la licitud del tipo «desafectación tácita», y nos cumple ahora verificar su posible aplicación en este caso, que es verdaderamente un caso límite, dogmáticamente (no tanto prácticamente) hablando.

Adelantemos que si concluimos la tesis de la desafectación en este caso, vendrá a resultar que la cosa pública así poseída terminará haciéndose capaz de prescripción, por lo mismo que la desafectación la habrá convertido en cosa patrimonial común, sometida al comercio ordinario. El camino para la usucapión del dominio público se habría abierto, aunque esta usucapión tendría que cumplir una doble etapa: en primer lugar, la posesión abusiva del particular alcanzaría la meta «desafectación tácita», lograda la cual, y obtenida por consiguiente la aptitud prescriptible de la cosa, la misma continuada posesión se embarcaría seguidamente en la consecución del último objetivo, la adquisición final de la cosa por la usucapión correspondiente. He aquí, en definitiva, el resquicio dogmático de la teoría del dominio público por donde sería posible introducir el aserto paradójico de su prescriptibilidad. Valoramos con ello la trascendencia de la inquisición que sigue sobre la posibilidad de desafectar tácitamente el dominio público por medio de una posesión abusiva de un particular. Adelantemos que el resultado de la encuesta nos será favorable: todos los Derechos aceptan esa consecuencia.

Ahora bien, esa distinción de dos momentos sucesivos en la eficacia de la posesión abusiva del dominio público presenta de suyo cierta sutileza. Aunque en la explicación anterior, para facilitar el argumento, se ha presentado como una clara distinción cronológica, se trata más bien realmente de una distinción de orden lógico. Mas, en particular, lo que ocurre es que tales dos momentos son en rigor relativos e incluso recíprocos, no distinguibles, por consiguiente, como realizaciones concretas separadamente uno de otro, algo así como ocurre con los conceptos de padre e hijo, aunque, como en este ejemplo, la prioridad lógica de uno de ellos pueda ser (sobre esto hablaremos más tarde) diferenciable. Quiere decirse que el efecto «desafectación tácita» no podría producirse de suyo aisladamente, sino que su calificación procederá sólo una vez que

el efecto «usucapión» haya sido a su vez consumado. Sería incongruente, en efecto, que pudiera afirmarse que la posesión de un particular ha producido, sin más, la desafectación de un dominio que, aunque convertido así en privado, siguiese atribuido a la Administración. Si la Administración retiene aún una titularidad sobre la cosa, ostentará también la posibilidad de imponer sobre ella el régimen plenario que la cosa tenía antes de toda usurpación posesoria. La restitución de la cosa a esa situación anterior, con el apartamiento de la tenencia abusiva del particular, equivaldría a un acto de policía, pero no a una nueva afectación (40). El efecto «desafectación tácita» atribuible a aquella posesión estará así condicionado, en su eficacia, a que en definitiva la Administración no pueda ya recuperar la cosa, es decir, a que el sucesivo efecto usucapiante se haya producido.

Es por eso por lo que en la solución de los derechos positivos, y aun en las referencias esporádicas de la doctrina, no encontramos en la calificación de la hipótesis propuesta la distinción precisa de los dos momentos indicados. Si es verdad que, como hemos dicho, la posibilidad de la desafectación tácita del demanio por el despojo posesorio de un particular compromete verdaderamente el dogma de la imprescriptibilidad de ese demanio, las soluciones positivas y doctrinales del problema se presentan, como vamos a ver a continuación, directamente en el orden de esta conclusión, aunque, curiosamente, eludiendo su planteamiento formal.

b) La vieja doctrina francesa había previsto exactamente el caso. El mismo PROUDHON, el primer tratadista del moderno dominio público, como es sabido, se inclina por la tesis de la desafectación y, consecuentemente, de la prescriptibilidad de la cosa pública apartada de su función propia por abuso de un poseedor privado, aunque exija una cierta intensidad en este apartamiento, lo que él llama una «degradación» de la cosa: «Lorsque des fonds ayant appartenu au domaine public, se trouvent par le fait réduits à un tel état de dégradation, qu'ils ne sont plus susceptibles de remplir les fonctions auxquelles ils avaient été destinés,

(40) Ese restablecimiento es el efecto de los actos de *deslinde* y *catalogación* respecto de las zonas afectadas por posesiones abusivas. La eficacia de estos actos es, por eso, declarativa, en tanto que una nueva afectación comportaría un acto precisamente constitutivo. Vid. las observaciones que se hacen al final sobre el recobro de la posesión demanial perdida.

ils rentrent dans la classe générale des biens prescriptibles» (41). GARNIER, más liberalmente aún, admite sin restricciones y sin condicionamientos la prescripción de las cosas de uso público en cuanto son simplemente apartadas de hecho de su destino, por lo mismo que esto implica una desafectación teórica (42). ISAMBERT representa la tendencia opuesta: sólo la autoridad puede hacer perder a una cosa el carácter demanial, por lo que la posesión a que la hipótesis se refiere no debe prevalecer en ningún caso (43). La opinión de TROPLONG presenta un extraordinario interés por la autoridad deferida a su *Tratado de la prescripción*; para él la tesis de GARNIER es excesiva, pero su corrección es en definitiva de mera cantidad. TROPLONG admite que la posesión extraordinaria o de treinta años es admisible por cuanto implica la sustracción de porciones del dominio público respecto del uso general, y, por ende, la incorporación del mismo a la propiedad privada (44). GAUDRY, tras un análisis detenido, se inclina por la tesis negativa, en base, sobre todo, a la nulidad del presunto abandono hecho por la comunidad mediante el no uso; no son los usuarios, sino la autoridad, quien puede legítimamente desafectar una pertenencia del dominio (45). Esta corriente doctrinal se ve reflejada en autores modernos. HAURIUO, por ejemplo, autor en quien la teoría del dominio público como derecho exorbitante ha encontrado quizá su expresión de más empaque, parece aceptar la tesis de algunas viejas decisiones jurisprudenciales, empalmadas a esa antigua corriente doctrinal, según la cual la imprescriptibilidad puede encontrar dificultades para imponerse—son sus palabras—en cuanto exista incertidumbre sobre la cuestión de si el terreno ocupado no había sido en efecto desafectado, o siempre que la ocupación remontara al antiguo régimen (46); obsérvese que estas dos referencias—incertidumbre de la desafectación y ocupación iniciada en el antiguo régimen—aluden claramente al supuesto y a los fundamentos de la *vetustas*, pero con todo lo que nos interesa rete-

(41) *Du domaine public*, París, 1836, pág. 218.

(42) *Des chemins*, pág. 325; *Des eaux*, I, pág. 84.

(43) *Traité de la voirie*, liv. I, cap. III, pág. 4; cap. IV, sec. I, pág. 1.

(44) *Traité de la prescription*, I, núm. 173. Condiciona algo la cuestión en los párrafos siguientes.

(45) *Traité du Domaine*, I, París, 1862, págs. 89 y ss. De este autor hemos tomado las tres citas anteriores, de las cuales, así como de textos complementarios, inserta amplias referencias.

(46) HAURIUO, op. cit., pág. 793, con cita de la doctrina del XIX (LECHALAS y DE RECY).

ner ahora es que la presunción de la desafectación y la duda sobre la misma se hace derivar de un largo tiempo de no uso producido precisamente como consecuencia del uso contrario por parte de un poseedor privado. DUEZ y DEBEYRE, por su parte, al tratar de los límites de la imprescriptibilidad, proponen una hipótesis extrema en que la prescripción es aceptada, la de la transformación material de la cosa por parte de un poseedor con título nulo, que recuerda exactamente la teoría de la «degradación» de PROUDHON (47).

La doctrina italiana tiene igualmente una tradición del problema desde los viejos textos del siglo XIX a la actualidad, encontrándose en ella uniformemente como solución la del tiempo inmemorial o *vetustas*, según el ejemplo tomado específicamente del Derecho romano, a través, según parece, de formulaciones teóricas del Derecho intermedio y del iusnaturalismo racionalista (48). En efecto, por tiempo inmemorial se presume la desafectación, derivándose la posibilidad ordinaria, por tanto, de consolidar en propiedad una posesión larga sobre una parcela del demanio. En el Derecho moderno, la tesis va desde GIANZANA (49) y ARMANI (50) hasta los más autorizados tratadistas actuales, como RANELLETTI, Santi ROMANO, GUICCIARDI y ZANOBINI (51). Curiosamente, sin embargo, este sector doctrinal pretende utilizar la institución de la *vetustas* para la conclusión específica de la mera cesación de la demanialidad por el no uso, por el no ejercicio de la titularidad administrativa, sin reque-

(47) *Traité*, cit., págs. 775-6.

(48) Vid. el artículo de F. SCHUPFER, *Ab immemorabili, tempo immemorale, prescrizione immemorale*, en «Il Digesto italiano», I, 1884, págs. 69 y ss., que es indudablemente la fuente que actualiza en Italia la vieja doctrina. La exposición es, aunque erudita, casi íntegramente sobre el patrón romanista, omitiendo la formulación canónica de la teoría. Tal patrón es el que se impone en la doctrina tras la depuración de las fuentes que se opera a partir del «mos gallicus», siendo apoyado por los juristas del iusnaturalismo racionalista que lo teorizan desde este ángulo abstracto. Sobre el tema, y sobre la contraposición entre esta formulación romanista y la canónica, vid. *infra* en el texto.

(49) Artículo *Ab immemorabili (Diritto transitorio)*, en «Il Digesto italiano», a continuación del de SCHUPFER cit. en nota anterior, págs. 79 y ss. del mismo vol. I.

(50) *Il tempo immemorabile e la cessazione di demanialità*, Roma, 1890.

(51) O. RANELLETTI, *Formazione e cessazione della demanialità*, en «Giurisprudenza italiana», IV, 1899, pág. 27. S. ROMANO, *La determinazione...*, cit., págs. 145-7; también en *Principi di Diritto amministrativo italiano*, Milano, 3.ª ed., 1912, pág. 501, y en *Corso di Diritto amministrativo*, 3.ª ed., Padova, 1937, pág. 205. GUICCIARDI, op. cit., págs. 244-62. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, IV, 2.ª ed., Milano, 1945, página 36.

rir, por tanto, teóricamente la circunstancia concurrente de un uso contrario; una vez este resultado producido por sí solo, entrarían en juego las posibilidades de usucapión en los términos comunes a toda cosa patrimonial. De esta manera, acaso, un foso dogmático protegería cuidadosamente el principio intangible de la imprescriptibilidad. A mi juicio, sin embargo, tal posición no es correcta, ni históricamente, desde luego (en Roma inmemorial significó *posesión* inmemorial, legitimación de un *status* fáctico: *vetustas quae semper pro lege habetur!*; «usucapión» real, por consiguiente, y no prescripción «extintiva» de acciones), ni en pura teoría, pues la construcción vendría a sancionar una abdicación resultante del no uso, un abandono, conclusión para la cual ni la institución histórica, ni el concepto material de inmemorial, parecen en absoluto necesarios. En último extremo, buscando una solución «de prestigio», se sancionaría un régimen peyorativo respecto del derecho común; el mero no uso de una propiedad privada de ninguna manera la extingue o hace presumir su abandono (52). Claro que aquí no se afirmarí la pérdida de la propiedad, sino la de la afectación, pero en definitiva la conclusión resultaría análoga, por lo mismo que se perdería una titularidad privilegiada de la cosa. ROMANO, en su artículo citado, parece haber sentido la quiebra del argumento y ha propuesto su reconstrucción según una técnica distinta: sería la *desuetudo*, modo ordinario para él de que las disposiciones de una autoridad pública pierdan eficacia, la que haría cesar la afectación administrativa establecida sobre una cosa; de este modo se salvaría también la necesidad del uso contrario de un particular (53). Parece evidente, en todo caso, que, tanto esa singular aplicación

(52) Se confunde, como se observa fácilmente, el régimen de los derechos de crédito con el de los derechos reales: no hay en éstos prescripción extintiva, sino simplemente usucapión o prescripción adquisitiva. La confusión puede venir del tratamiento unitario del tema de la prescripción. En el caso de las servidumbres (art. 546, núm. 2. del Código civil), la pérdida por el no uso está basada en el uso contrario del propietario: es en rigor una usucapión liberatoria del propietario del fundo sirviente. Sobre el problema del «no uso» de los derechos reales en relación con la institución de la prescripción, vid. las referencias de C. FADDA y P. E. BENZA, notas a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, rist., Milano, 1930, IV, págs. 604 y ss., aun sobre el pie forzado de la teoría unitaria de la prescripción.

(53) *La determinazione della demanialità*, cit., pág. 147. El mismo autor, en *Corso di Diritto amministrativo*, cit., juega al difícil equilibrio entre esta posición convencional y la más ortodoxa de reducir la inmemorial a la legitimación de una posesión sin título, y en concreto de una posesión del particular sobre el demanio. Así, en página 205 repite el argumento típico de la escuela italiana que predica la inmemorial

de la inmemorial romana como esta posición de Santi ROMANO, no representan sino un intento constructivo de evitar por una huída a la abstracción la consideración específica del caso particular de la posesión contraria de un sujeto privado. Quede claro, sin embargo, que, sea cual sea la extensión teórica dada al razonamiento, la hipótesis que en este momento nos preocupa, la de la larga posesión de un particular sobre una parcela del demanio, es calificada unánimemente por la doctrina italiana como una verdadera desafectación tácita (54).

Podemos afirmar que en Alemania son de aplicación estas mismas soluciones que hemos visto imponerse en los Derechos francés e italiano: el tiempo inmemorial o *vetustas* en sentido romano es capaz de legitimar una usurpación inicial de dominio público, por el argumento material (común a la institución de la inmemorial) de que la existencia de la situación «durante un tiempo sin que nadie lo haya impugnado» constituye un serio motivo «para creer que a su debido tiempo fué creado de modo conforme a derecho» (55).

respecto del no uso de la función administrativa, añadiendo: «poco importa se al no uso dell'ente amministrativo si accompagna un uso contrario alla demanialità da parte di un privato», indicando que la usucapión de este último será la trentenal, a contar «dopo che il carattere pubblico del bene si sarà estinto». Sin embargo, muy pocas páginas adelante hace la afirmación que se recoge en la nota siguiente, contraria a la anterior. Aparte de la dificultad de distinguir cronológicamente los dos momentos de desafectación y usucapión, como ya se ha probado más atrás, es también absurdo que la singular aplicación de la inmemorial que hace esta doctrina la lleve a afirmar que el uso por la Administración de una cosa pública como privada implicará la conversión del demanio en patrimonio sólo en cuanto se trate de un uso inmemorial (!) (*ibidem* pág. 205).

(54) «Si ritiene poi che il possesso da parte dei cittadini di beni demaniali, nonostante l'imprescrittibilità di essi resti legittimato dall'immemoriale, anche se si tratta di beni per cui il non uso non equivale, come equivale invece per le strade pubbliche, ad una tacita sclassificazione»: S. ROMANO, *Corso*, cit., pág. 221. Como luego veremos, no aceptamos esta conclusión, que el autor presenta sin excepciones, en el caso del llamado dominio público natural.

(55) A. von TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, traducción esp. de T. RAVA, Buenos Aires, 1948, III, 2, pág. 187 y nota 11. Se refiere concretamente a caminos y aguas, aunque por las referencias que incluye no cabe duda de que se trata de las mismas soluciones romanas recibidas en el Derecho de Pandectas. El hecho de ser esta materia, según nos dice este autor, competencia del Derecho local puede explicar su ausencia de los tratados generales. Vid., sin embargo, la referencia de E. FORSTHOFF, op. cit., págs. 163-4, aunque intenta atenuar la conclusión, llamando a la inmemorial de una parte «eine wesentlichschwächere Abart der Ersitzung», y explicando su juego, seguidamente, según el arbitrio de la presunción de prueba: «Sie stellt... nicht einen Erwerbstitel, sonder eine den Beweis für das Bestehen

Pasando, por último, a nuestro Derecho, podemos referirnos, en cuanto al problema que consideramos, a dos posiciones doctrinales características. Una, la del Rector GARCÍA OVIEDO, que hace aplicación de la tesis de la inmemorial en la misma construcción que acabamos de ver en la doctrina italiana, es decir, referida al argumento sustancial del abandono (56). Otra posición, la de FERNÁNDEZ DE VELASCO, verdaderamente extremada, al aceptar llanamente que la cosa pública «sustraída» de su destino se hace sin más prescriptible; aunque el término «sustracción» es equívoco, parece referirse expresamente al despojo posesorio de un particular que aparte de hecho a la cosa del uso determinado por la afectación (57). Viene a coincidir este autor, como se ve, con la posición de la antigua doctrina francesa, y especialmente con las tesis de GARNIER y TROPLONG, que equivalen a la negación práctica del argumento de la imprescriptibilidad.

Es indudable que el problema ha tenido que verse alguna vez en nuestro Derecho prácticamente, pues en definitiva en el orden real la hipótesis no es precisamente rebuscada. Personalmente, sin embargo, no conozco más aplicación que la del Consejo de Estado a que más atrás me he referido. En tal ocasión, el Consejo aceptó la solución de una prescripción consolidada por parte de los poseedores abusivos de la marisma de que se trataba, en base a este argumento: la calificación de los bienes que son las marismas como dominio público está hecha por

cines Rechtsverhältnisses ersetzende Vermutung dar»; aunque el ejemplo que pone es como presunción de afectación (Widmung), a favor, por tanto, de la titularidad administrativa, la doctrina es formulada con carácter general.

(56) *Derecho Administrativo*, cit., pág. 162: «También cesa el dominio público por el abandono inmemorial por la autoridad administrativa, que revela la voluntad de la Administración de que termine el destino de la cosa a uso público. Es un caso de desafectación tácita.»

(57) *Resumen*, cit., pág. 169. «Las cosas no destinadas al servicio y las que se le hayan sustraído resultarán, a la inversa, enajenables y prescriptibles» (subrayado del original). En nota insiste en que «cambiando de destino los bienes y adquiriendo el carácter de propiedad privada...», y remite a un trabajo suyo sobre el particular, que lamento vivamente no haber podido consultar, aparte de por el interés indudable de la doctrina del autor, por la referencia que dice incluir de antecedentes legales y jurisprudenciales. La cita de su trabajo es la siguiente: *Tres pleitos sobre murallas*, publicado en «Boletín de la Universidad de Murcia», núm. 1, 1931. Esta posición de FERNÁNDEZ DE VELASCO es concorde, desde luego, con el fundamento con que explica, según veíamos (*supra* nota 32), la imprescriptibilidad del dominio público; desde el mismo fundamento había llegado ya a la misma conclusión, según también se ha expuesto más arriba, la doctrina histórica del Derecho intermedio.

la ley «buscando nada más que la dirección administrativa de su aprovechamiento por los particulares, por lo mismo que éste interesa por modo especial a la utilidad pública, a la que quedan, de este modo, afectados. Así resulta que, en cuanto este aprovechamiento particular de tales bienes se ha logrado, la utilidad pública ha quedado definitivamente satisfecha, y al no tener ya respecto de ellos sino las exigencias generales que tiene sobre todos los bienes patrimoniales de la economía [nacional], ocurre efectivamente, aunque por este modo particular, una verdadera desafectación de aquellos bienes de la utilidad pública, con lo que se convierten en bienes de propiedad privada (art. 341 del Código civil) en la persona de su concesionario, entrando en el comercio jurídico común. Ocurre aquí una verdadera conversión jurídica». El dictamen cita como normativa de esta singular desafectación «por consumación de efectos» el artículo 75 de la Ley de Aguas, en relación con el artículo 52 de la Ley de Puertos. Ahora bien, para permitir fácticamente tal desafectación, operada precisamente a espaldas de la Administración, contra la finalidad que el mismo dictamen decía perseguir la calificación legal del dominio, el Consejo utiliza el expediente de la prescripción adquisitiva de los derechos reales concesionales en materia de aguas y de puertos: los particulares ganaron, efectivamente, por posesión de veinte años esa concesión; realizado el aprovechamiento a que ésta les daba derecho, en la forma de saneamiento de la marisma, el terreno ha perdido su demanialidad, según la doctrina anterior, haciéndose apto de este modo para ingresar en los respectivos patrimonios privados de sus poseedores. Es decir, se trata de un camino indirecto: el particular gana por prescripción el derecho de aprovechamiento concesional, y una vez consumado este aprovechamiento, la cosa ingresa en su patrimonio (58).

¿Y qué pensar cuando, de una parte, no se cumple el supuesto para el postulado de la desafectación por consumación de efectos, ni, de otra, sea posible apoyarse en el expediente de una prescripción del derecho al aprovechamiento concesional? La cuestión, en toda su crudeza, ha quedado de esta manera virgen para una consideración desde nuestro Derecho positivo. A mi entender, la solución debería ser, no tendría otra

(58) Debe hacerse la salvedad de que se trataba de un caso en que no era de estricta aplicación, por tratarse de situación anterior a su vigencia, la actual Ley de marismas de 21 de julio de 1918. Vid. en el texto, más adelante, una construcción general del supuesto aludido en el dictamen.

salida que ser, afirmativa: el poseedor abusivo puede consolidar la propiedad a través del arbitrio de la desafectación tácita, que si es posible, como hemos probado, debe encontrar aquí de hecho su supuesto normal. El caso extremo con cuyo ejemplo comenzamos este trabajo tiene en este momento su lugar propio: una larga posesión, tal que denuncie una desafectación de hecho de una parcela del demanio, debe prevalecer frente a una catalogación o reclamación tardías. Póngase a la solución, para llegar más fácilmente a ella, el presupuesto de la mayor extensión temporal que se quiera: 100, 200, 300 años de posesión (ya veremos que prácticamente los plazos son en la realidad infinitamente menores). Lo que importa es que alguna vez hay que decir sí, y esto parece una exigencia insoslayable. La explicación, como hemos de ver, no puede venir de la resurrección de una institución en sí misma tan problemática como la *vetustas* romana, que es, respecto de este tema, un simple *posterius* lógico, y aun arqueológico—dado el silencio de los Códigos—, para justificar un efecto que se impone por razones generales de justicia y de prudencia. Basta acudir a criterios como la imposibilidad de petrificaciones rígidas de las situaciones del derecho, la necesidad de santificar los *status* fácticamente afirmados, la efectividad de la dejación de la custodia del demanio, la presunción de que esta dejación puede denunciar una desafectación ya olvidada, en fin, la oportunidad de situar las exigencias del orden en el presente y en el futuro, y no precisamente en el pasado, con sus convencionales determinaciones. Argumentos todos, por cierto, que, como el específico de la desafectación tácita, nos están remitiendo a los mismos fundamentos materiales de una figura estigmatizada dentro del ámbito institucional del dominio público: la usucapión. Pero antes de pasar al estudio directo de este tema, es fuerza que formulemos una importante salvedad a la conclusión general que acabamos de obtener.

c) Es obligado establecer una excepción al aserto general de desafectación tácita del dominio público por la expoliación posesoria de un particular: el caso del equívocamente llamado dominio público natural o «por naturaleza» (59). Se trata de dependencias del dominio público cuya

(59) Vid. *supra* nota 28). El carácter equívoco de esta expresión dominio público «natural» ha sido puesto de relieve por HAURIOU al combatir brillantemente la antigua doctrina (aludida en el Code, art. 538), que afirmaba una suerte de predestinación natural de ciertas cosas a caer en el dominio público, por no ser susceptibles de propiedad privada: «cette doctrine extrêmement tenace doit être réfutée: la domanialité

afectación está definida por modo general en la ley con relación a determinadas circunstancias físicas o naturales, y sin necesidad, por tanto, de declaraciones singulares de afectación para cada caso. Ejemplos notorios, los de las aguas litorales, la zona marítimo-terrestre, las aguas públicas terrestres y sus álveos y riberas. La consecuencia indeclinable es que la afectación está presente en tanto en cuanto sea posible predicar de una cosa las determinaciones físicas que la ley ha considerado. La remisión del efecto legal a estas circunstancias naturales viene a ser absoluta. En estos términos, y por lo que a nuestro problema interesa, se comprende inmediatamente que el hecho simple de una posesión exclusiva de un particular sobre parcelas de este demanio no puede implicar sin más el apartamiento de su afectación administrativa, que, por el contrario, la ley seguirá definiendo a su favor a través del dato invariable de sus condiciones físicas. La conclusión sentada en los apartados anteriores de una desafectación tácita de las pertenencias del demanio poseídas de hecho por un particular no puede, por consiguiente, aplicarse a este supuesto. En los propios términos de la ley que declare la afectación, ésta sólo podrá cesar en cuanto se alteren las condiciones físicas determinantes, y en la medida precisa de esta alteración.

Ahora bien, el problema entonces se plantea en otro orden, en el de la calificación de una usurpación de un particular que no se limite a la posesión en exclusividad de una parcela del demanio, sino que comience precisamente por alterar de hecho las circunstancias físicas que determinaban su calidad de tal. El problema que surge es el que en la jugosa expresión de PROUDHON podemos llamar el de la *degradación* de las dependencias del dominio público de esta especie (60): si yo, particular, altero el cauce de un río, y fundo una posesión exclusiva sobre el álveo

publique n'est pas un affaire de prédestination, mais un affaire de destination actuelle» (*Précis élémentaire de Droit Administratif*, 5.^a ed., Paris, 1943, pág. 360. v *Précis de Droit Administratif*, cit., págs. 787 y ss.). La posibilidad de que estas dependencias del demanio sean objeto de propiedad privada la demuestra plenamente HAURIOU con su elegante «punto de vista del metro cuadrado», a que nos referimos más tarde en el texto, y en nota 61.

(60) GARCÍA OVIEDO emplea el término *desnaturalización*, que puede originarse «ya por hecho espontáneo, ya por acto del hombre», op. cit., pág. 167. SANTI ROMANO (*Corso*, cit., pág. 204), *snaturamento*, y exige su carácter definitivo y no transitorio, previendo igualmente su causación «sia per forza naturale, sia per fatto dell'uomo» y esto último contra la voluntad de la Administración, para no entrar en la categoría de la desafectación expresa, o «classificazione», que es otro supuesto.

antiguo, o gano terrenos al mar y me establezco sobre las anteriores extensiones cubiertas por el agua y las de la antigua zona marítimo-terrestre. El problema de la prescripción no desaparece, pues, en este supuesto, sino que queda planteado idénticamente, aunque bajo un nuevo aspecto: posibilidad de usucapir pertenencias del demanio de esta naturaleza previamente «degradadas» por el mismo poseedor usucapiente. O en la perspectiva inversa: existencia o no de límites temporales para que la Administración pueda restablecer la plenitud de su titularidad sobre las zonas «degradadas» artificiosamente por un particular, bien haciendo destruir las obras abusivas determinantes de la alteración, bien entrando en su goce al declarar su pérdida para el poseedor.

Obsérvese que este planteamiento parece atentar directamente contra el postulado de la integridad del demanio, que HAURIUO había justificado en la categoría de bienes de que se trata con su agudo «punto de vista del metro cuadrado» (61). Se trata, precisamente, de usurpaciones de «metros cuadrados» del dominio público.

En la exposición del apartado anterior se encuentran referencias de estricta aplicación al tema que ahora examinamos. La eficacia de la «degradación» para tomar la cosa prescriptible está formulada, como vimos, en el mismo PROUDHON y tiene su eco en la doctrina actual. La doctrina italiana hace aplicación, también a este caso, de su tesis del tiempo inmemorial, dentro de su original formulación. A mi juicio, en tesis general, el criterio legal de remisión de la afectación a los límites naturales o físicos en esta especie de demanio debe entenderse tan absolutamente que se hace preciso aceptar en la hipótesis la consecuencia de la desafectación. Para este demanio toda desafectación es desafectación *de facto*, y el supuesto entra así fácilmente en este principio general. El problema no es distinto del que se plantea con ocasión de los espacios libres surgidos por una alteración natural de los límites demaniales. Dejemos aparte los supuestos de mutación de cauce fluvial, avulsión, aluvión, etc., re-

(61) *Précis de Droit Administratif*, cit., págs. 791-2. «Si las dependencias del dominio público son declaradas imprescriptibles, no es porque todas las riberas del mar a la vez, o todos los caminos, puedan ser usurpados, sino porque algunos metros cuadrados de esas riberas o de un camino pueden serlo, y se trata de proteger el dominio público contra esas usurpaciones parciales.» «Las cuestiones jurídicas relativas a las dependencias del dominio público se plantean prácticamente, no a propósito de estos bienes tomados en masa, sino a propósito de extensiones muy ligeras, y, lo más generalmente, a propósito de algunos metros cuadrados.»

sultos en nuestro Derecho según el pie forzado que la concepción romana de la propiedad ofrecía desde la perspectiva totalmente convencional del derecho civil de accesión de los fundos ribereños. Pensemos en el caso más típico de la zona marítimo-terrestre. Es evidente que la extensión de esta zona dependerá en cada momento, con relación a una misma parcela de terreno, de la situación del mar, que no es siempre la misma, sino variable, según el movimiento de arena de los fondos, según la erosión, el aluvión, etc. Ordinariamente estas oscilaciones son insignificantes y apenas perceptibles, pero a veces ocurre una variación más notoria, por ejemplo, una retirada del mar que deja más amplios espacios libres. Debe entenderse, sin duda ninguna, que estos espacios libres son terrenos perfectamente patrimoniales, en cuanto que han perdido su calidad de zona marítimo-terrestre, y que, por ende, son aptos en términos comunes para ser objeto de una usucapación ordinaria. La posibilidad de que el Estado se atribuya una propiedad sobre los mismos estará, en consecuencia, condicionada a que esa usucapación no se haya en su caso consumado (62). Como se indicaba más atrás, esta situación es, en principio, idéntica a la del supuesto de alteración artificiosa de los límites del demanio, por lo que es fuerza concluir la posibilidad de prescribir normalmente este demanio previamente degradado (63).

Hay que salvar, sin embargo, una particularidad. Cuando la alteración artificiosa de los límites del demanio por el particular se ha realizado mediante obras permanentes que de alguna manera siguen teniendo efecto sobre dicho demanio en sus límites actuales—diques, pantanos, etcétera—, resultará que esta efectividad actual, para poder subsistir, debe legitimarse como un verdadero derecho real sobre el dominio público (64).

(62) Este criterio puede juzar, por ejemplo, para concluir la necesidad de expropiar o la posibilidad de no hacerlo cuando el Estado o un concesionario suyo trate de hacer obras de defensa, encauzamiento, etc., sobre esos espacios libres.

(63) Así también GARCÍA OVIEDO, op. cit., pág. 162. La tesis de la «sustracción del destino» de FERNÁNDEZ DE VELASCO encontraría en este supuesto su aplicación normal; vid. *supra* y nota 54.

(64) La tesis de los «derechos reales administrativos» fué teorizada por vez primera desde un punto de vista sistemático por HAURIUO, que observó certeramente que la inenajenabilidad del demanio no excluía un comercio «por modos administrativos». Los criterios de este autor fueron sistematizados por L. RIGAUD, *Les droits réels administratifs*, Toulouse, 1914. Vid. también GUICCIARDI, op. cit., págs. 328 y ss., y allí citados. J. L. VILLAR PALASI, *Concesiones administrativas*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», IV, Barcelona, 1952, págs. 684 y ss. ALVAREZ GENDÍN, op. cit., págs. 296 y ss.

Ahora bien, la titularidad de este derecho real administrativo o concesional, sobre la cual vienen a pender así todas las posibles consecuencias de la operación, se gana en nuestro Derecho en los casos típicos de aguas terrestres y marítimas (y zona marítimo-terrestre) por prescripción de veinte años (arts. 409 del Código civil, 149 de la Ley de Aguas, 57 de la Ley de Puertos). A mi juicio, los plazos de prescripción de los espacios libres desafectados como consecuencia de la alteración de límites, en la hipótesis que seguimos, deben comenzar a contarse una vez que se haya consolidado ese derecho real administrativo, es decir, pasados veinte años de la conclusión de las obras (65). De esta doctrina, finalmente, habría que excluir a su vez el caso particular de las marismas, por la especificidad de la tesis de desafectación «por consumación de efectos», particularidad sobre la cual nos remitimos a la doctrina de nuestro Consejo de Estado, más atrás expuesta.

IV

Si reconstruimos ahora en unidad los datos parciales obtenidos en la investigación que hemos realizado, parece que resulta la posibilidad de que un particular, poseyendo abusivamente, con mayores o menores requisitos de hecho, una dependencia del dominio público, es capaz de concluir ganando esta dependencia como propiedad suya real y verdadera. Ha sido preciso apretar, en cierto modo, la velada y defensiva doctrina de los autores, y las soluciones intencionadamente casuísticas y

Sobre el tema logró en otro tiempo notoriedad en nuestra corta literatura N. ALCALÁ-ZAMORA, *La concesión como contrato y como derecho real*, Madrid, 1918.

(65) El argumento es éste: según el art. 54 de la Ley de Puertos y el 101 de su Reglamento, «los terrenos ganados al mar litoral fuera de los puertos en obras construidas por... los particulares competentemente autorizados, serán de propiedad de la entidad que los hubiere llevado a cabo». La situación de «competentemente autorizados» (concesión) se gana a los veinte años, pero entiendo que se refiere estrictamente al derecho a la construcción de la obra, no al de ganar propiedad sobre los espacios libres, que no es propiamente elemento natural de la concesión típica, sino contenido eventual de una cláusula accidental de la misma (cfr. § 2.º del art. 101 citado). Hasta que la situación jurídica de la obra no esté consolidada, la alteración de límites del dominio es una alteración posesoria sobre la que la Administración puede reobrar con su acción de oficio. Distinto es, como se indica en el texto, el caso de las marismas, pues desde esta perspectiva el derecho a la propiedad de los terrenos saneados es elemento natural, y no accidental, de la respectiva concesión.

vergonzantes de los distintos sistemas positivos, para haber logrado una conclusión de tan marcada gravedad en cuanto la adelantemos decididamente, como es nuestro propósito, al plano sistemático. Lo que corresponde inquirir inmediatamente es si esa adquisición de propiedad que a través de la posesión continuada puede lograr el particular sobre dependencias del demanio es o no una verdadera usucapión.

1. En cierto modo, un foso dogmático pretende dejar indemne el principio de la imprescriptibilidad del dominio público al explicar la conclusión de que se trata mediante el argumento de la «desafectación tácita»; la usucapión del particular operaría sobre dependencias previamente desafectadas y, por consiguiente, de naturaleza patrimonial y no demanial. Ahora bien, el problema de que hemos tomado conciencia a lo largo de la exposición se resiste a ser escamoteado tan fácilmente, si no olvidamos el verdadero planteamiento de la cuestión y recordamos que, en primer lugar, ese requisito de la desafectación es un efecto precisamente atribuible a la misma posesión abusiva del particular, en cuanto que es esta posesión la que ha comenzado por apartar la cosa de su destino público, sin que—por hipótesis—se haya producido nunca declaración administrativa al respecto, y recordamos también, en segundo lugar, que ese carácter previo de la desafectación no es más que una afirmación dialéctica, pero que en modo alguno es posible sostenerlo ni práctica ni jurídicamente, por la esencial dependencia del efecto «desafectación tácita» a la consumación del efecto «usucapión»; la desafectación, como decíamos más atrás, no es previa, sino simultánea e indivisible respecto del efecto usucapiente.

Aun evitando ese planteamiento extremo, tampoco bastaría con situar el acento sobre el elemento «desafectación tácita», como hace el común de la doctrina, para explicar el fenómeno global e indivisible que es la desafectación tácita más la usucapión que, unitariamente, el particular produce mediante la prolongación de su posesión abusiva sobre el demanio. La efectiva individualidad de los dos efectos se denota también en el análisis aislado de cada uno de ellos. La doctrina de la «desafectación tácita» del dominio público, aplicada específicamente al caso de la posesión abusiva de un particular, es en definitiva el reconocimiento de un verdadero efecto usucapiente atribuido a esa posesión, limitándose a una explicación del mismo mediante un argumento teórico. Pues no hay

que olvidar que la afectación y la desafectación son esencialmente determinaciones administrativas, es decir, que sólo pueden ser atribuidas a la Administración (66), y que, sin embargo, en este caso se hace derivar no sólo de una actitud pasiva de la Administración (lo cual ya sería insólito en la teoría de las declaraciones tácitas), sino, muy particularmente, de la conducta positiva de un particular. Tanto valdría, por consiguiente, decir en el caso de una usucapión entre particulares que se ha producido por «abandono tácito», por «derelicción presunta» del propietario, argumento, por cierto, bien conocido como fundamento de la institución prescriptoria, postulado como tal por una escuela tan preocupada del plano causal material de los efectos jurídicos como la del iusnaturalismo (racionalista) (67). La doctrina de la «desafectación tácita», en cuanto pretenda explicar por sí misma la particularidad del fenómeno que estamos estudiando, equivale del mismo modo, pura y simplemente, a un argumento iusnaturalista o superestructural del efecto jurídico ineludible de la usucapión, efecto que si materialmente puede comprenderse como el revés de dicho argumento, jurídicamente, que es lo que nos importa, es en definitiva el único dato relevante.

Esta última observación nos ilumina sobre el carácter de los demás argumentos que la doctrina ha propuesto profusamente para explicar el caso de que se trata y que estudiamos en el apartado anterior; no sólo la «desafectación tácita», también la «presunción de origen legítimo», el «abandono por no uso», la «dificultad de probar», la «negligencia» de la Administración, etc., son simples fundamentos materiales de la usucapión que en definitiva se está sancionando. La totalidad de estos argumentos encuentran, efectivamente, un paralelo exacto en el Derecho civil cuando se han intentado dilucidar los fundamentos de la institución prescriptoria y de la usucapión en particular (68). Obsérvese que la generalidad de estos argumentos, y desde luego el de la «desafectación tácita», que es el que parece imponerse desde el planteamiento dogmático

(66) Para FORSTHOFF, la afectación es pura y simplemente un acto administrativo. *op. cit.*, pág. 169. Vid. en general, en el mismo sentido, todos los autores y lugares citados *supra* nota 22.

(67) «*Dominii aduvisio ex derelictione rei presunta. dicitur usucapio*», es la conocida definición de WOLF (*Ius naturae*, cap. VII, parte 3.^a). Cfr. ALAS, DE BUEN RAMOS. *De la usucapión*, Madrid, 1916, págs. 102-3.

(68) Vid. una exposición de doctrinas en ALAS, DE BUEN y RAMOS. *op. cit.*, páginas 95 y ss.

del dominio público, como hemos procurado poner de relieve en nuestra exposición, son enfoques del problema desde la perspectiva unilateral de la Administración (como en el argumento de la derelicción desde la del propietario), quizá por la intención de salvar a última hora el carácter del dominio público y la potestad calificada que sobre el mismo debe atribuirse a la Administración; este paralelismo entre aquellos argumentos, y en particular el de la desafectación tácita, por una parte, y la doctrina común de la derelicción presunta en la usucapión, por otra, está especialmente subrayado en la posición peculiar de la escuela italiana y de GARCÍA OVIEDO al acoger íntegramente, como vimos, la tesis del abandono inferido, sin atender al dato de la existencia o no de posesión contraria. Pero se trata de un claro convencionalismo, pues «la acción de los sujetos que intervienen en la usucapión no puede ser tratada por separado. Si el uno adquiere es sin duda por lo que él hace, pero también por lo que el otro deja de hacer, y viceversa» (69).

2. Hay, sin embargo, una razón práctica que justifica la oportunidad y aun la necesidad de esa invocación a los fundamentos materiales de la usucapión, en lugar de limitarse a constatar el efecto final de ésta, y es la ausencia total de plazos prescriptorios determinados a cuyo simple transcurso poder fiar aquel efecto. Estamos curiosamente en presencia de una prescripción sin fijación de plazos. El problema es análogo al que se suscita en el Derecho internacional, en el que, por una parte, es inevitable hablar de prescripción en el sentido de una sanación de situaciones *de facto*, y por otra, no puede aplicarse el instituto prescriptorio por la ausencia de una determinación temporal hecha o aceptada a estos efectos por la comunidad de los Estados (70). Esto explica la desembocadura del problema en el arbitrio de la inmemorial, y de la inmemorial precisamente en su formulación romana como *vetustas*, en

(69) ALAS, DE BUEN, RAMOS, loc. cit.

(70) Vid. P. FAUCHILLE, *Traité de Droit International Public*, 8.^a ed., I, 2. Paris, 1925, págs. 754 y ss. OPPENHEIM-LAUTERPACH, *International Law. A Treatise*, I, 7.^a ed., London, 1948, págs. 525 y ss. Los dos, con amplias referencias de autores y de casos de aplicación. Sobre esto último, con extracto de la doctrina de los fallos, vid. también G. SCHWARZENBERGER, *International Law, I (International Law as applied by international Courts and Tribunals)*, 2.^a ed., London, 1949, págs. 139 y ss. Para la doctrina de otros países, vid. A. VERDROSS, *Völkerrecht*, 2.^a ed. Wien, 1950, pág. 187. G. C. WILSON, *Handbook of International Law*, 3.^a ed., St. Paul, 1939, pág. 79. G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto Internazionale pubblico*, 4.^a ed., Milano, 1946, págs. 397-8.

cuanto parte de esta indeterminación de plazos temporales y consiste en una remisión pura y simple a las situaciones fácticamente consolidadas. La identidad del problema hace que coincidan también en la solución el Derecho administrativo, según las formulaciones doctrinales y positivas que vimos, y el Derecho internacional, que igualmente ha debido acogerse a la idea tradicional de la *vetustas* sanatoria (71).

Ahora bien, esta aplicación de la *vetustas* implica dificultades bien conocidas. En primer lugar, es evidente que la indeterminación temporal que está en su esencia se traslada a una equivalente indeterminación en las situaciones jurídicas encontradas. Por otra parte, la inmemoriabilidad tiende de hecho a predicarse respecto de la generación en curso (72), con lo que resultan en consecuencia plazos notoriamente cortos, prácticamente cercanos e incluso confundidos con los de la prescripción extraordinaria del Derecho civil (73) (74). Ambos resultados, como se compren-

(71) Cfr., además de los autores y lugares citados en nota anterior, las referencias contenidas en mi trabajo *El dogma de la reversión de concesiones*, cit., págs. 386 y ss. De la misma manera, se hace constante aplicación de los argumentos materiales de la prescripción: presunción de abandono, presunción de origen legítimo, dificultad de probar, etc. *Ibidem*.

(72) En el antiguo derecho se había concretado en esta fórmula la prueba de la inmemoriabilidad: los testigos deben 1) ser al menos de «quinquaginta quatuor annorum, ut a quadraginta annis se vidisse possint textare; 2) dicant se ita audivisse a suis maioribus; 3) sit antica et communis opinio; 4) maiores nec viderunt nec audiverunt contrarium». Esta es la fórmula que casi literalmente viene a recoger la ley 41 de Toro (que es la ley 1.ª, Tit. XVII, lib. X de la Novísima) en materia de mayorazgos, aunque la doctrina va a seguir entendiendo por inmemorial, incluso glosando esta ley particular, la versión canónica de los cien años (sobre este contraste, vid. más adelante), Cfr. ad ex. L. de MOLINA, *De Hispanorum Primogeniorum origine ac natura*, ed. Lueduni, 1588, lib. II, cap. VI, §§ 44 y ss. En ausencia de esta confusión con la centenaria, la fórmula de la *vetustas* concluye instantivando uno de los elementos de esa prueba, el de los cuarenta años, plazo en el cual las exigencias de la seguridad terminan por concretar la institución. Vid. nota siguiente.

(73) Puede decirse que ha existido una tendencia a la fusión de la *vetustas* clásica, con la institución tardía que es la *longissimi temporis praescriptio*, especialmente en su versión excepcional de prescripción cuarentenal (vid. *supra* nota 9). Hay que tener en cuenta que en el «ius civile» romano los plazos de usucapción eran cortísimos, según la formulación de las XII Tablas («usus auctoritas fundi biennium, ceterarum annus esto»), con lo que, sobre este fondo, tal solución podía justificarse como verdaderamente extraordinaria. En el Derecho inglés, el «immemorial usage», que es admisible respecto a todo derecho adquirible por concesión o privilegio, se determinaba clásicamente como un uso que remontase al primer año del reinado de Ricardo I (año 1189), pero a través de la equiparación a esta institución de la «presunción de concesión perdida» (uno de los fundamentos materiales de la inmemoriabilidad, como sabemos) basta de hecho una posesión de veinte años, es decir, inferior todavía a la «longissimi temporis» justiniana.

de, perjudican esencialmente la buscada integridad del dominio público a que el dogma de su imprescriptibilidad, paradójicamente abocado a estas consecuencias, tan directamente pretende dirigirse.

Los inconvenientes de la solución habían sido perfectamente vistos, como hemos indicado más atrás, por los canonistas, cuya solución constructiva, y verdaderamente protectora de la imprescriptibilidad, como vamos viendo, fué por eso la fijación de un amplio plazo de prescripción, el de cien años. La transformación de la idea romana de inmemoriabilidad o de *vetustas*, en cuanto fundamento material, en prescripción centenaria como solución concreta, fué así una decidida aportación que enriqueció el acervo universal del derecho común. La solución canónica fué impostada, por eso, en la propia autoridad de los textos romanos, y en tal sentido fué acogida no sólo por los legistas regios, más o menos interesados en ella, sino por la propia doctrina civil, y así desde luego

(vid. el *Digeste de Droit Civil Anglais*, de E. JENKS, W. M. GELDART, R. W. LEE, W. S. HOLDSWORTH y J. C. MILES, trad. fr. de BAUMANN y COULÉ, tomo I, París, 1923, arts. 1.437 y ss., págs. 591 y ss.). En otras ocasiones, ya en el Derecho continental se han reconocido como usos inmemoriales posesiones de ochenta años (prácticamente cifra máxima), de setenta y cinco, de setenta y, sobre todo, de cuarenta (medida ésta bastante extendida), subrayando la tendencia al acercamiento de esta institución a la «*longissimi temporis*», como hemos indicado. Vid. referencias en SCHUFFER, ob. y loc. cit. FADDA y BENZA, op. cit., pág. 685. ALAS, DE BUEN y RAMOS, op. cit., páginas 274-5. En los casos aludidos más atrás, de aplicación de la inmemorial al demanio, los plazos reconocidos están, en general, en este mismo orden. Sobre la aplicación al demanio del plazo de usucapión de cuarenta años, entendidos como inmemorial, véase *Vitrarii Institutionum Juris Publici, novis notis a J. F. PFEFFINGERO*, III, Gothae, 1725, pág. 1356, en este texto inequívoco: «*Jure civili praescriptio quadraginta annorum sufficit contra omne jus, tam privatum quam publicum, in quacunque causa et contra personas quodlibet; pro inde etiam in Causis fiscalibus atque patrimonialibus*», doctrina que autoriza con largas citas legales y de autores. En el mismo lugar aporta PFEFFINGER jurisprudencia del Tribunal del Imperio, que aplica esta doctrina a la prescripción de bienes camerales; véase, por ejemplo, este fallo: «*Die weil die von R. solche Güther nunmehr über 50 Jahre innegehabt, so können sie keine Kammer-Güther mehr seyn*»; a lo que el autor, con cita de RÖSENER, añade: «*quando bona de mensa sunt alienata, post 40 annos praesumatur omnis solemnitas intervenisse, ut bona illa non amplius pertineant ad mensam*», argumento específico de la inmemoriabilidad, como sabemos.

(74) No hacemos argumento, naturalmente, de aquellas doctrinas que, como las de PROUDHON, GARNIER, TROPLONG y FERNÁNDEZ DE VELASCO, renuncian a la explicación de la *vetustas* y aplican, sin más, los plazos comunes de prescripción. El hecho de que esta postura haya podido teorizarse desde la dogmática del dominio público prueba concluyentemente el desamparo en que el principio de la imprescriptibilidad se encuentra, y, sobre todo, señala el riesgo indudable que, como diremos luego, significa su libre interpretación por los jueces.

en nuestra patria (75). Fué la depuración de fuentes que trajo el *mos gallicus* el que retornó, por mor de un simple prurito filológico (la «docta micrología», a que se ha referido Walther SCHÖNFELD), a la antigua e informada solución romana. Se comprueba, por lo que hace a este tema concreto, el aserto general del retroceso que esta dirección supone sobre el *mos italicus* en cuanto a sentido del derecho (76). Al efecto destructor del *mos gallicus* en este punto se sobrepuso el enfoque puramente racionalista del tema de la inmemoriabilidad llevado a cabo por la doctrina iusnaturalista (77).

La simple exposición postula, me parece, la oportunidad de llegar en la actualidad a una solución análoga a la canónica; queremos decir, simplemente, a la fijación de amplios plazos defensivos para que el efecto prescriptorio sobre el dominio público pueda reconocerse. En nombre precisamente de valores tan consagrados en el reino del Derecho como son la eficacia y el realismo, parece llegada la hora de un retorno a las soluciones que tan frívolamente arrumbó la jurisprudencia humanista, de una vuelta a los sanos criterios del viejo *ius commune*, que aún alienan en este punto en el Derecho canónico, abandonando las formulacio-

(75) Una equiparación categórica entre tiempo inmemorial y posesión de cien años en nuestro Derecho intermedio, aparte de los numerosos textos que he aportado en *El dogma...*, cit., la formula Gegerio LÓPEZ, en la glosa «Pueden acordar», a la Ley 15, tít. XXXI, Partida 3.ª, sobre prescripción de servidumbres discontinuas, tema sobre el que es más visible la transformación de la solución romana; dice ampararse en la voluntad de los Doctores «et maxime auctoritatis», aportando un amplio aparato crítico. Esta posición de nuestra doctrina se muestra en todo su vigor cuando interpretan textos legales que recogen expresamente la fórmula romanizada, como, por ejemplo, la ley 41 de Toro sobre mayorazgos, en la cual los autores siguen viendo, contra la misma expresión legal, la prescripción centenaria. Vid. sobre esto *supra*, nota 72.

(76) Sobre el tema, vid. W. SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Stuttgart, 1951, pág. 241. Vid. también, en el mismo sentido, F. CALASSO, *Introduzione...*, cit., cap. V, «Umanesimo giuridico», pág. 193 y ss. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 2.ª ed., München und Berlin, 1953, págs. 105 y ss. La revalorización del *mos italicus*, que SCHÖNFELD ve, siguiendo a KOSCHAKER, como una «Verschmelzung von römischen und germanischen Rechtsdenken», es llevada por el primero de estos autores a afirmar, parodiando la conocida tesis de ROMMEN sobre el Derecho natural, la existencia de un «ewigen Wiederkehr des Mos italicus», del cual precisamente dependería el futuro del mundo occidental y civilizado (*loc. cit.*). Es precisamente este retorno, como se verá, lo que, por lo que hace al punto concreto de la investigación, postula este trabajo.

(77) Cfr. en SCHUPFER, *op. cit.*, amplias referencias de la reelaboración moderna del tema por los autores de esta tendencia.

nes abstractas y absolutas de la imprescriptibilidad, hijas a la vez del racionalismo y de la creencia legalista. La medida sería oportuna aunque sólo se tratase de una fijación del problema de la imprescriptibilidad, hoy dejada sin garantía alguna al puro arbitrio de los hechos, enjuiciados por los jueces—por los jueces civiles—forzosamente con plena libertad (78), y ordinariamente con un claro prejuicio a favor de soluciones «comunes» y antiexorbitantes. Pero se trataría no sólo de acabar con esta indeterminación que tan gravemente afecta a la integridad de las dependencias del demanio, sino también, y en particular, de alargar francamente los cortos plazos que hoy de hecho se imponen, como vimos, para sanar las usurpaciones de los particulares. En este sentido, y como creemos haber demostrado, esa fijación de plazos prescriptorios—siempre que fueran amplios—contra el dominio público estaría justificada, paradójicamente, como una medida rigurosamente eficaz de protección del mismo.

No parece indicado que intentemos proponer ahora de *lege ferenda* la medida exacta conveniente a esos plazos prescriptorios. El plazo de cien años, a favor del cual jugaría desde luego su prestigio y su tradición, y el hecho de que se trataría de un restablecimiento en definitiva, acaso pudiese parecer poco acorde con el ritmo del tiempo actual. Es el qué, y no el cuánto, la ejemplaridad que hemos buscado con su invocación. En cualquier caso, creo que el plazo mínimo posible sería el de los sesenta años, cifra consagrada precisamente por el Derecho inglés (79).

(78) Así ocurre en el Derecho internacional por la misma causa de ausencia de plazos determinados. «L'opinion dominante est qu'en l'absence de loi positive il est impossible de fixer un délai: celui-ci doit varier dans chaque cas, avec les circonstances»: P. FAUCHILLE, *Traité*, cit., pág. 762, con amplias referencias doctrinales y prácticas. El oportunismo que se consagra a favor de los Tribunales ha sido utilizado por ellos, efectivamente, en amplia medida. Vid., igualmente, G. SCHWARZENBERGER, loc. cit. Puede ser oportuno recordar que en esta ineludible libertad de los jueces tuvo su origen en Roma la institución de la *praescriptio* como remedio procesal que excluía la condena del demandado, no obstante ser jurídicamente fundada la pretensión del demandante, y por la absoluta necesidad de admitir la sanación de las situaciones de hecho frente a la negación del dominio privado (en cuanto pertenecía al pueblo romano) sobre las tierras provinciales.

(79) Quizá por el directo influjo canónico, en Inglaterra los derechos de la Corona sobre la «real property» y los «chattels» reales no se prescriben hasta los sesenta años (la prescripción ordinaria sería de doce años): arts. 171 y 159 del *Digest* de JENKS, cit.; la formulación inglesa de la inmemorial a que hemos aludido *supra* en nota 73 se reserva en esta materia pública únicamente para el caso de «franchise or liberty»

pero que en este momento me atrevo a proponer como criterio por la única razón de que es el doble del plazo vigente para la actual prescripción extraordinaria del Derecho civil; que lo que es hoy un abstracto postulado de imprescriptibilidad, con todas sus razones sustantivas, llegue a tener siquiera efectividad para duplicar esa cifra común parece, en verdad, una mínima, modesta, pretensión. Entre esta cifra mínima y la de los cien años debe moverse, a mi juicio, la eventual determinación legislativa.

V

¿Qué queda entonces del principio de la imprescriptibilidad del dominio público? ¿Es que debe ser acaso abandonado? A mi juicio, no tanto abandonado cuanto corregido, o quizás depurado.

1. La imprescriptibilidad del dominio público tiene, por de pronto, una clara, elemental e indiscutida aplicación: el particular no puede nunca ganar dominio público en cuanto tal. En otros términos: la titularidad del dominio público pertenece necesariamente a la Administración, y en ningún caso puede llegar a ostentarla un particular. Este aserto puede quizá parecer obvio, pero es evidente que en cuanto construcción histórica no lo es, y que por sí mismo alcanza a definir un carácter esencial de la institución. En la Edad Media, y aun en la época inmediatamente anterior al constitucionalismo, era plenamente posible que un particular ostentara personalmente una titularidad pública o regaliana a través, bien de un título original, como un privilegio real traslativo, bien de la presunción de éste que consagraba la posesión centenaria. Un río, un camino, cualquier cosa o cualquier función de señorío, podían concebirse perfectamente, y de hecho la práctica registraba su habitualidad, en manos de un particular, el cual ejercitaba las facultades exorbitantes derivadas de esa titularidad con plena libertad y en la integridad de contenidos que el mismo Rey tendría. El régimen administrativo ha acabado absolutamente con esta posibilidad. El principio de igualdad y su correlativo de la centralización de prerrogativas y funcio-

(*ibidem*, art. 1.442), residuo histórico del privilegio real, apenas ya simplemente honorario.

nes públicas en el poder (80) impone la pertenencia exclusiva y necesaria a la Administración de este tipo de titularidades. El dominio público es una de ellas. Decir que la titularidad del demanio es inasequible para el particular es, por consiguiente, la primera e indicentible aplicación del principio de imprescriptibilidad.

Ahora bien, si bien se observa, el instituto de la imprescriptibilidad no es necesario para explicar esa particularidad del dominio público. Bastaría exponer que el dominio público es instrumento y contenido de una función pública (81) para obtener inmediatamente la consecuencia de su inaccesibilidad a los particulares, dada la posición jurídica de que éstos participan en el régimen administrativo. Desde esta perspectiva el principio de la imprescriptibilidad es en su enunciación tradicional un residuo histórico inoperante, una innecesaria medida defensiva.

2. El error está en extender la imprescriptibilidad, que en la formulación típica que acabamos de ver se predica del dominio público en cuanto tal, a las dependencias materiales, perfectamente eventuales, sobre las que en concreto el demanio se asienta en un momento dado. El principio de inalienabilidad ha distinguido siempre en su aplicación esos dos planos, que quizá en este caso de la imprescriptibilidad no se han deslindado con exacta precisión. La sede de una propiedad pública, previamente desafectada de su finalidad pública, entra con normalidad dentro del comercio de los hombres y se somete, en consecuencia, a los modos ordinarios de enajenación y prescripción. El particular, por consiguiente, adquiere siempre, y necesariamente, cosas patrimoniales.

En el difícil equilibrio entre estos dos límites (titularidad administrativa necesaria sobre el demanio, eventualidad de las sedes materiales de éste) es donde es preciso levantar la construcción de una prescripción posible sobre las dependencias del dominio público. Por supuesto que estas dependencias se prescriben privadas de su afectación administrativa, es decir, en su carácter de cosas patrimoniales. Pero la particularidad consiste en que esa privación de la afectación administrativa no ha sido producida por decisión de autoridad, sino precisamente por inferencia sobre la posesión continuada de un particular que ha comenzado por apartar de hecho la cosa de su función pública y la utiliza patrimonial-

(80) Cfr. *El dogma...*, cit., págs. 392 y ss.

(81) Cfr. M. BALLBÉ, *Concepto del dominio público*, cit., págs. 47 y ss.

mente. Entonces la prescripción del dominio público se ve como una consecuencia que afecta, no propiamente al régimen exorbitante de esta institución, sino simplemente al ámbito de las decisiones administrativas, en concreto, al de la declaración de desafectación. Equivale a decir que la clasificación de las cosas en públicas y privadas no puede quedar al cuidado de formas habilitantes o solemnes, sino que, en mayor o menor medida, y considerada en definitiva la propia extensión del demanio y la imposibilidad práctica de su geometrización completa, debe ser remitida a la situación fáctica.

Así como en el Derecho civil, y más explícitamente en el caso de la prescripción contra el Registro de la Propiedad, la usucapión consagra la imposibilidad práctica de remitir todo el régimen de la propiedad a actos expresos y formales de disposición, en el Derecho del dominio público la usucapión atiende exactamente al mismo orden de exigencias. La imposibilidad de catalogación completa de categorías enteras del demanio, la complejidad e inevitable imperfección de estas catalogaciones en cuanto sean posibles, en fin, el dato inequívoco de que con mayor o menor amplitud es forzoso en todas las especies demaniales el régimen de afectación de hecho y sin formalidades, he aquí las circunstancias sustanciales que determinan la absoluta inconsistencia del postulado abstracto de la imprescriptibilidad en su formulación tradicional, y que abren inexorablemente, preténdase o no, el camino de una usucapión.

VI

«Glissez mortels, n'appuyez pas». Ha sido el gran Santi ROMANO quien por primera vez ha propuesto a los juristas como criterio esta famosa admonición (82), que justamente parece encontrar en el tema que estudiamos una notable oportunidad. Quiere decirse simplemente 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 procedimiento oblicuos, si han de ser eficaces. El establecimiento de amplios **plazos de prescripción reconocidos** debe ser uno de ellos, según creemos haber probado. Otros, a lo menos en nuestro Derecho, han de venir de

(82) S. ROMANO, voz «Glissez, mortels, n'appuyez pas», en *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano, 1947, págs. 117-8.

una decidida liberación de las limitaciones que encadenan a nuestra Administración respecto al gobierno y régimen de sus cosas en aspectos quizá no tan notorios, pero sí, a mi juicio, tan decisivos. Toda la sensibilidad para los poderes exorbitantes de la Administración que se ha malgastado estérilmente alrededor del tema de la imprescriptibilidad debería realmente localizarse en tales aspectos, cuyo olvido sólo se explica por la fe en ese dogma quimérico de la identidad perpetua de las cosas públicas. Aludimos especialmente a la particularidad de nuestro Derecho de admitir contra las dependencias del demanio efectos jurídicos de Derecho civil, y concretamente dos, el *ius possessionis* derivado de la simple posesión de año y día, y la generalidad de efectos dimanantes de posibles inscripciones en el Registro de la Propiedad. Frente al principio indeclinable de la extracomerciability del dominio público, frente a su régimen exorbitante que le hace indemne, como dice HAURIOU, a los modos del Derecho civil para aceptar sólo sobre el mismo un comercio por «modos de Derecho administrativo» (83), he aquí que nuestro Derecho, insólitamente, impide a la Administración reprimir por su acción de oficio una perturbación posesoria que se remonte a más de un año, imponiéndole la carga de impugnar judicialmente en proceso ordinario (84), y, por otro lado, la grava con idéntica carga para destruir las presunciones de legitimidad (¡alguna vez ya indestructibles!)

(83) *Précis*, cit., pág. 796, y *supra* nota 64.

(84) Art. 404 de la Ley de Régimen Local: «Las entidades locales podrán recobrar por sí mismas los bienes de su pertenencia que se hallaren indebidamente en posesión de particulares, durante un plazo que no exceda del año.» La generalidad de esta doctrina la hace aplicable, según los intérpretes, al dominio público como al dominio privado. Ha sido, además, ordinariamente extendida al supuesto de la Administración central. Vid. un resumen de la jurisprudencia de conflictos sobre el particular en las notas de J. GONZÁLEZ PÉREZ, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 3, 1950, págs. 283 y ss., y núm. 9, 1952, pág. 180. Cfr., en el mismo sentido, ALVAREZ GENDÍN, *El dominio público...*, cit. pág. 290; GASCÓN Y MARÍN, *Tratado*, cit., págs. 412 y ss. Es fácil criticar en el propio orden positivo esta doctrina, invocando el precepto que rige en la misma materia de interdictos con relación a la Administración, según el cual «no se admitirán interdictos contra las providencias administrativas» (art. 403 de la Ley de Régimen local y doctrina constante en la jurisprudencia de conflictos respecto a la Administración central). Este precepto supone justamente, en todos los casos de recuperación posesoria, que el poseedor cuenta cuando menos con posesión superior a un año, pues en otro caso no sería preciso privarle de un interdicto con que no contaría según el derecho común (art. 1.653 de la Ley de Enjuiciamiento civil). En el orden teórico, Otto MAYER incluye la recuperación de oficio por coacción directa del dominio público perturbado entre las medidas de «defensa administrativa», en

que puede establecer contra el demanio una eventual inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad (85). Todo el cortejo de prerrogativas que, para la debida gestión de la utilidad pública, son de esencia a la actuación administrativa están negadas de plano en estas soluciones, que, en efecto, desconocen la exención jurisdiccional de la Administración, la presunción de legitimidad que acompaña a los actos administrativos, la consecuencia de la ejecutoriedad y de la autotutela, la prerrogativa de decisión previa a cualquier pronunciamiento judicial, la distribución ordinaria de la carga procesal en las relaciones jurídico-administrativas. Si la imprescriptibilidad no alcanzaba, como vimos, su efecto final y más ambicioso, ha debido siquiera reservarse para este orden de efectos, que constituyen verdaderamente, en el concepto de IHERING, la vanguardia de la protección que es debido montar alrededor del dominio público. Sin perjuicio de un posterior estudio de la cuestión, baste por ahora decir que, dentro de la solución general que del tema de la imprescriptibilidad proponemos, la Administración no perdería en ningún momento su potestad directa y exorbitante sobre las dependencias demaniales con anterioridad al vencimiento de los plazos de usucapión reconocidos, consagrándose, por ende, a su favor la facultad que un autor anterior llamaba (86) de «reintegración» del dominio público perturbado o desconocido por los administrados.

cuanto constituye la reacción frente a un ataque que perturba la propia existencia de la Administración, o lo que es lo mismo, el funcionamiento del servicio público. Op. cit., II, París, 1904, pág. 139.

(85) El caso quizá más notorio lo constituye la reciente jurisprudencia que resuelve a favor del Registro la contradicción entre sus inscripciones y las del Catálogo de Montes, aun cuando los montes públicos no sean siempre demaniales (sí en el caso de montes provinciales, según el art. 282, § 2, de la Ley de Régimen Local, y, a mi juicio, supuesto que un concepto jurídico es un régimen jurídico o no es nada, los montes comunales, cuyo régimen está absolutamente identificado al del demanio por el art. 188 de la misma Ley). Vid. referencias y comentarios en las notas de J. GONZÁLEZ, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, cit., núm. 1, 1950, págs. 177 y ss.; núm. 11, 1953, págs. 172 y ss. Cfr. sobre esto el artículo de F. GARRIDO FALLA y E. SERRANO GUIRADO, *Consideraciones sobre una posible reforma de la legislación de montes*, cit., págs. 33 y ss., y A. GUAITA, op. cit., págs. 97 y ss. No es el momento de exponer cuáles son, de *lege data*, los puntos débiles de esta jurisprudencia.

(86) V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., Madrid, 1894, págs. 528-9. La tesis es referida a las vías públicas en concreto, con citas legislativas que la amparan. Este dato, los artículos 226 y 252 de la Ley de Aguas, el arbitrio de la presunción de posesión del Catálogo de Montes, y otros argumentos que no es el momento de desarrollar (vid. también *supra* nota 84), prueban, a mi juicio, que en el plano exegético ha habido una desvirtuación de nuestro Derecho positivo.