

TITULARIDAD Y AFECTACION DEMANIAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL (*)

Por

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS

Catedrático de Derecho administrativo
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. ESTUDIO ESTÁTICO: *afectaciones estatales y locales. Internas y externas.* III. ESTUDIO DINÁMICO: a) *Disociación entre titularidad y afectación.* b) *Titularidad provisional y afectación definitiva.* c) *Sucesión en la titularidad.* d) *Cooperación y titularidad.* e) *Regímenes especiales: obras hidráulicas, construcciones escolares, otros ejemplos.* f) *Coafectación.* g) *Afectación y concesión de servicios públicos.* CONCLUSIÓN.

I.—No puede decirse verdaderamente que existan pocos estudios sobre el dominio público. La literatura jurídica, tanto española como extranjera, se ha preocupado de estudiar su naturaleza, su delimitación y su régimen jurídico. Sin embargo, salvo algunas monografías (1) concretas y que no abordan directamente el problema en su totalidad, ha sido olvidado el aspecto subjetivo del dominio público, es decir, el de su titularidad.

A las preguntas de «qué» es el dominio público y «cuál» es su régimen jurídico debe añadirse esta otra: «quién» es el titular demanial.

Quizá uno de los puntos en que sea más cierta la frase de ROSSI y de JAQUELIN, de que el Derecho administrativo ha nacido de la combinación de la noción constitucional de potestad con las nociones jurídicas fundamentales del Derecho civil, es el campo objeto de este estudio.

(*) Este estudio ha sido escrito para ser publicado en el volumen homenaje al profesor italiano GUIDO ZANOBINI.

(1) WALINE: *Les mutations domaniales*, 1925. DUVERGER: *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, 1942. Últimamente aborda ciertos problemas de titularidad, CLAVERO ARÉVALO: *La inalienabilidad del dominio público*, 1958.

el cual, por otra parte, se enfoca fundamentalmente a la vista del Derecho español.

El examen de los conceptos de titularidad y afectación debe desintegrarse en dos partes o aspectos, el estático y el dinámico, como, en definitiva, pueden ser examinados todos los institutos jurídicos: bajo el aspecto de quietud como si se plasmasen en una fotografía, y bajo el de movimiento.

II.—La propiedad como concepto crucial del Derecho civil supone el señorío sobre algo con las facultades inherentes de su uso y disfrute. Este concepto ha venido informando todos los sistemas jurídicos conocidos, desde el antiguo Derecho Romano hasta las modernas concepciones filo-soviéticas, a pesar de los duros ataques que contra él se han dirigido.

Durante mucho tiempo, la pertenencia de un derecho subjetivo ha venido incluido en el término propiedad. Sin embargo, es preferible utilizar el vocablo «titularidad», que es más amplio y referible a toda clase de derechos, totales o restringidos, ya que sólo en un sentido un tanto ambiguo se puede hablar de propiedad de créditos o de acciones procesales. El Código civil español regula el contrato de compra-venta en el título IV del Libro IV, y en un capítulo especial del mismo regula «la transmisión de créditos y demás derechos incorporables». Evidentemente que toda persona que tenga en su patrimonio un derecho puede considerarse propietario de él, pero, repetimos, es mejor utilizar el vocablo titularidad (2). Esta mayor exactitud de la palabra se demuestra sobre todo al tratar de la pertenencia del dominio público en manos de los entes públicos.

A través de la Historia la titularidad demanial ha sufrido las consecuencias inevitables de las concepciones cambiantes de Corona, Propiedad, dominio eminente de los monarcas, y, en fin, de la influencia del Derecho Canónico, que en todo momento sirve de apoyo al nacimiento del Estado moderno.

En Roma las cosas públicas pertenecían al pueblo y su concepto se depura al añadirles la nota de su destino a un uso público, depuración que las separa de las cosas comunes y de las *res fisci*. La evolución de los conceptos de fisco y erario y la introducción del sentido absoluto en

(2) Vid. MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 1950, T. I., pág. 133.

pleno Imperio hace que se desdibuje su propia titularidad (3). En el Bajo Imperio los emperadores llegan a atribuirse la titularidad de las *res* en uso público, percibiendo determinados ingresos por su utilización, ingresos que van a la caja única que, como consecuencia del sentido un tanto patrimonial del Estado, venía generándose.

Este sentido se acentúa durante la Reconquista española, que debido sobre todo a la introducción del régimen hereditario en la Monarquía, adquiere unos caracteres patrimoniales con la consiguiente confusión entre las distintas categorías de bienes que integran los Reinos hispánicos y entre los cuales se encuentran los bienes de uso público, que en esta época tienen un sentido comunal (4).

Por lo que a nosotros interesa, los monarcas ostentan facultades dominicales, si bien a esta palabra no se le puede dar el sentido moderno, como tampoco el *imperium* tipifica una figura de propiedad quiritaria, sino que viene configurado como un dominio eminente con respecto de la propiedad del súbdito. Existen antecedentes históricos en la legislación española de la expropiación forzosa, lo que demuestra el respeto de la propiedad (5).

La idea de destino a un uso público continúa siendo fundamental durante la época absolutista, si bien con el advenimiento de la dinastía

(3) El concepto de «populus» es esencial en la concepción jurídica de Roma. El individuo es contemplado como miembro del *populus*; las cosas como *res populi* (Vid. PUCHTA: *Corso delle Istituzioni*. Vol. I, 1854, pág. 22).

(4) A pesar de la preponderancia que va adquiriendo el Rey, lo que se acentuará con la teoría del derecho divino del poder, el «populus» sigue jugando un importante papel. IRNERIO, por ejemplo, lo coloca en la base de cualquier forma constitucional. Vid. ROTA: *Lo Stato e il Diritto nella concezione di Irnerio*, 1954, págs. 182 y siguientes; KERN: *Derechos del Rey y derechos del pueblo*, 1955.

(5) La Partida 3.^a, 18, 31 y Part. 2.^a 2, 1, la configuran como una excepción al respeto de la propiedad privada. Vid. NICOLINI: *La proprietà, Il Principe e L'expropriazione per pubblica utilità*, 1952, en donde se plantean en general los problemas de la significación de la propiedad, la validez de los actos del príncipe (rescriptos contra jus). Sin embargo, a pesar de que el sentido de nuestras leyes formalmente es de respeto a la propiedad privada y a establecer limitaciones morales e incluso jurídicas a la potestad regia, hemos de reconocer que en la realidad esto estuvo muy lejos de llevarse a la práctica. Basta citar la extraordinaria obra de CAMPOMANES: *Cartas político-económicas*, publicada en 1878. En la carta II, pág. 79, se explica cómo llegó a introducirse la teoría de que, las deudas contraídas por el príncipe como públicas, obligan al vasallo, aunque las ignore, de tal forma, que sino hay bienes reales puede acudir directamente el acreedor contra el súbdito para cobrarla de sus efectos propios. La verdad es que la máxima que impera en nuestro derecho histórico plasma perfectamente el estado de cosas existentes: «Donde van leyes, do quieren reyes.»

borbónica se inicia, aunque no se consolida, una distinción entre la Real Hacienda y los bienes de la Corona, que en cierto sentido viene a ser un reflejo de las dos clases de regalías que nuestros autores clásicos señalan: las regalías mayores y las regalías menores (6).

El advenimiento del constitucionalismo transfiere la titularidad de todos los bienes del Reino a la Nación, concepto éste que representa la máxima aspiración de las ideas liberales y que tendrá que ser sustituido por el concepto debidamente madurado de persona jurídica aplicada al Estado y es en este preciso momento cuando surgirá la polémica sobre el dominio público (7).

El Código Napoleón no conoció el concepto de dominio público en el sentido moderno, sino que partió de una idea puramente subjetiva: no existía diferencia de régimen entre dominio público y privado del Estado, y lo único que hizo la Revolución Francesa en este sentido fue prefabricar un nuevo propietario (la Nación), aboliendo la inalienabilidad como lógica consecuencia de la soberanía nacional y separando las finanzas públicas que adquieren autonomía propia. Esta idea la recoge el proyecto de Código civil español de 1851 para el cual los bienes se clasifican, no por regímenes jurídicos, sino según la pertenencia subjetiva, y es curioso que el Código español, que se promulga cuando ya existen leyes administrativas y cuando se ha madurado la polémica sobre la naturaleza del dominio público, siga regulando el dominio público en el Capítulo III del Título I del Libro II bajo el epígrafe general «De los bienes según las personas a que pertenecen», epígrafe totalmente equivocado, puesto que se regulan los bienes del Estado y de los entes públicos según su régimen jurídico, distinguiendo claramente los bienes demaniales y el dominio privado.

Esta idea puramente subjetiva se mantiene terminológicamente respecto de los montes, los cuales se denominan «públicos» cuando perte-

(6) Encontramos esta distinción en la literatura jurídica histórica. Vid. PÉREZ VALIENTE: *Apparatus iuris publici hispanici*, T. I, 1957, pág. 337; BRANCHAT: *Tratado de los derechos y regalías que corresponden al Real Patrimonio*, 1784, pág. 259. También en el *Ius Publicum*, de Antonio PÉREZ, 1657, Lovaina, págs. 289 y ss.

(7) La terminología utilizada en numerosos textos legales, incluso constitucionales, puede inducir a confusión. Los términos «soberanía popular, nacional, real» etc. son reminiscencias históricas que tienen un aspecto político, pero que jurídicamente no resisten la más leve crítica. En todo caso es el Estado el titular, tanto de la soberanía como de los bienes demaniales propios. Vid. CROSA: *Diritto Costituzionale*, 1955, página 65. ss.

necen a una entidad pública, pero sin que esto tenga gran importancia en relación con su régimen jurídico, el cual viene tipificado por la «catalogación» en un registro especial, pudiendo darse el caso de que haya montes públicos (es decir, de entidades públicas) no catalogados con un régimen muy similar al de los montes propiedad de los particulares (8).

La depuración del concepto de dominio público exige dar un paso más a través de las siguientes notas:

1.^a La doctrina del siglo XIX, a quien se debe el primer esfuerzo para conseguir una concepción unitaria del dominio público, se vió influida por dos corrientes distintas: la tradición histórica y las conquistas obtenidas por el constitucionalismo en el orden político. La historia les hizo concebir que tan sólo eran bienes de dominio público aquéllos destinados por naturaleza a un uso común. La política les hizo concebir asimismo, que el titular de tales bienes era la Nación, de tal forma que el Estado era un simple depositario y vigilante de ellos. Igualmente las ideas políticas de la época hacen aplicar al demanio las construcciones teóricas sobre la relación entre el Estado y tales bienes, y así surgen las doctrinas que la configuran como un derecho real, como un derecho sobre una parte constitutiva, como una competencia sobre las personas, etc.

Con razón ha podido afirmar CARNELUTTI que en el dominio público el Estado se coloca en defensa de los intereses del grupo, mientras que en el dominio privado aparece como titular frente a éste. Esta idea es la que campea en los viejos autores como PROUDHON, DUCROCQ, en Fran-

(8) Los montes constituyen bienes demaniales—cuando están catalogados—. La Ley de 8 de junio de 1957 no se ha atrevido a hacer esta declaración; sin embargo, constantemente se está haciendo referencia a un régimen especial. La idea puramente subjetiva de pertenencia a un ente público, hace que no se sepa en muchos casos si el régimen especial viene dado por dicha pertenencia o por la catalogación. Por ejemplo, el sistema de consorcio obligatorio para repoblación que se prevé para los entes públicos—pues cuando son los particulares los que se niegan a hacerlo, se les expropia—, ¿es aplicable a todos los montes—catalogados o no—de los entes públicos?, ¿o los no catalogados se rigen por las normas de los de los particulares? La Ley—que reconoce la existencia de montes de entes públicos no catalogados—nada aclara al respecto.

Surge una figura muy interesante en relación con los montes, pero que no va a ser objeto de nuestro estudio por su especialidad: los consorcios entre el Patrimonio Forestal y los Municipios o Provincias. Se produce en estos casos una «disociación vertical entre el suelo y el vuelo», es decir una cotitularidad demanial de caracteres superficiares. Su naturaleza jurídica es el de ser una persona jurídico-pública.

cia, y en España, COLMEIRO: limita el dominio público a aquellas cosas de propiedad de la Nación y uso común, en contraposición al dominio del Estado, que aunque también pertenece a la Nación, no se destina a un uso público. También SANTA MARÍA DE PAREDES distingue dominio público, dominio del Estado, bienes nacionales procedentes de la desamortización y bienes de la Corona (9).

2.^a La superación de esta primitiva idea se debe a la introducción del concepto de «afectación o destino».

Se sostiene que el Estado tiene una verdadera propiedad sobre el dominio público, ya que conserva los atributos de la misma, a saber: el uso, puesto que una forma específica de utilizar tales bienes es el uso por parte del público; el *fructus* y la propia idea de inalienabilidad. presupone la de propiedad.

Ya hemos indicado anteriormente que en lugar de propiedad demanial conviene hablar de titularidad; más adelante se volverá sobre esta idea.

3.^a Frente al concepto de bienes de dominio público por naturaleza, surge, como queda dicho, el de bienes de dominio público por afectación o destino, con lo cual se amplía considerablemente su número, pudiendo decirse que el dominio privado de los entes públicos queda reducido a pequeñas parcelas carentes de importancia, ya que la idea de destino a un fin público (pues no otra cosa significa la idea de funciones, servicios públicos o fomento y defensa nacional) puede predicarse de la mayor parte de bienes en manos de la Administración.

Consecuencia de este nuevo pensamiento es la aparición de algunas opiniones que sostienen que la afectación es la nota esencial del dominio público que sustituye a la de titularidad (10).

MAROCER habla de un doble régimen del dominio público: en cuanto propiedad se somete al Derecho civil, y en cuanto cosas destinadas o afectadas al público, se somete al Derecho administrativo. Esta postura viene a coincidir con la que sostuvo el Consejo de Estado francés

(9) CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, 1941, pág. 188. COLMEIRO: *Derecho administrativo español*, T. II, 1865, pág. 2; SANTAMARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho administrativo*, 1911, págs. 492 ss.

(10) MAROCER: *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines adm.*, 1942; LAUBADERE: *Domianialité publique, propriété administrative et affectation*, «*Rev. Droit public*», 1956, marzo-abril, págs. 233 y ss. SORAT: *La notion d'affectation en matiere domaniale*, «*Rev. Droit public*», 1956, marzo-abril, págs. 233 y ss

siguiendo las conclusiones del comisario del Gobierno, TESSIER, de 16 de julio de 1909, con motivo de la cuestión planteada entre el Municipio de París, el Estado y la Compañía de Orleáns en relación con la prolongación del Metro. Según ella, la afectación es una prerrogativa que se construye técnicamente como una servidumbre de interés general latente en favor del Estado. Los bienes de dominio público pueden ser enajenados a los particulares siempre que éstos respeten la afectación. Por ello, únicamente se puede exigir una indemnización por desposesión cuando se cambia la titularidad y no sólo el destino.

Esta doctrina es muy discutible, pero tiene el interés para nosotros de otorgar un gran valor a la idea de destino (11).

JANSSE, por el contrario, afirma que el destino de un bien nada tiene que ver con el dominio público, pues su régimen jurídico no tiende a garantizar tal destino, sino a conservar la sustancia de la cosa. La conclusión es clara: sólo hay dominio público por determinación legal (12).

BONNARD distingue separadamente entre la propiedad privada de la Administración y la propiedad social o pública destinada a un uso público, distinta a su vez del dominio público por afectación (13).

La Corte de Casación francesa adopta una posición opuesta a la del Consejo de Estado, defendiendo la existencia de un dominio público único con afectaciones diferentes.

Esta rápida reseña de doctrinas relativas al objeto de este estudio nos invita a replantear la cuestión en nuestro Derecho positivo.

El Código civil español acepta la doctrina de la afectación para construir el concepto de dominio público, si bien se ha puesto de manifiesto que en su art. 339 distingue los bienes destinados a un uso público (camino, ríos, puentes, etc.) y los que pertenecen privativamente al Estado, destinados a algún servicio público, a la defensa o al fomento de la riqueza nacional. Esta redacción del Código civil tiene una importancia no sólo gramatical, sino de espíritu, ya que refleja un estado de ánimo que informa nuestras leyes del siglo XIX (14).

(11) Op. cit.

(12) *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, 1938.

(13) *Précis elem. de Droit administratif*, 1926.

(14) La ley general de Obras públicas, p. eje., en su capítulo VIII regula las concesiones de «dominio público y dominio del Estado». Pero lo curioso es que el artículo 111 dice que la cesión de dominio estatal se verificará con arreglo a las formalidades exigidas para la venta de fincas del Estado. Es decir que se distingue entre el dominio público, el del Estado y las fincas propias. Naturalmente que estas

En la esfera local, el Reglamento de Bienes aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, dispone en su art. 3.º que «son bienes de uso público municipal o provincial los de *pertenencia* del Municipio o de la Provincia, respectivamente, destinados directamente al uso público, como los caminos, puentes...», y por su parte el art. 4.º establece que son bienes de servicio público «los destinados directamente al ejercicio de funciones cuya *titularidad* corresponda al Municipio o a la Provincia».

Esta redacción del art. 4.º es errónea como veremos, y pone de manifiesto cómo al dominio público hoy día haya que contemplarlo desde puntos de vista distintos a aquellos que sirvieron de base para su elaboración.

Nuestro punto de vista se concreta en estos dos extremos:

1.º Para que exista dominio público es preciso que la titularidad corresponda a un ente público.

2.º Además se precisa que estén afectados a un uso público o a una función o servicio público, del propio ente titular o de otro.

Quedan fuera, por lo tanto, aquellos bienes que, aunque estén afectados a tales fines, su titularidad pertenezca a un particular (persona física o jurídica) o, dicho de otra forma, los particulares no pueden ser titulares de bienes demaniales.

dos últimas clases forman parte del dominio privado, pero vale la cita para demostrar cómo en el espíritu del legislador, todo lo que no eran «edificios», tenía un régimen un tanto específico. El dominio público se usa en base a concesiones—uso excepcional—, pero el llamado del Estado, en base a contratos, de venta, de arriendo, etc.

La Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 habla también de dominio público y de propiedad del Estado, sin una clara diferencia, ya que entre ésta incluye los fondeaderos, astilleros, etc., siendo así que estos son bienes afectados a un fin público. También aquí se deja entrever que la idea era otorgar la calificación demanial a los bienes de uso público. Lo mismo expresa la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, distinguiendo las aguas públicas o demaniales (art. 4) y las del Estado (art. 12).

Por ello, la mentalidad que preside nuestras leyes es la de que sólo son demaniales los bienes de «uso público». No debe extrañarnos que los «edificios» del Estado se consideren como bienes patrimoniales, incluso en programas de oposiciones se enumeran entre los bienes del Estado como opuestos a los demaniales. Es penoso en verdad que exista este confucionismo. Quizás fuera conveniente adoptar la postura de DUVERGER (Op. cit.) admitiendo que existen varios grados de demanialidad, pues de lo contrario, estos equívocos pueden dar lugar a oscurecer más el concepto. Los bienes demaniales no pueden ser objeto de inmatriculación registral; no se trata de que «pueden no inmatricularse», sino de que «no pueden inmatricularse». Sin embargo, esto no juega respecto de los edificios, los cuales, en su casi totalidad, han tenido acceso al Registro. Demostración patente del error corriente sobre esta materia.

Ello demuestra la equivocación del mencionado art. 4.º del Reglamento de Bienes de las entidades locales, que dejaría fuera un conjunto de bienes demaniales de titularidad municipal, pero cuya afectación está referida a servicios estatales, concretamente, como veremos, la enseñanza primaria.

La titularidad sin afectación nos conduce a la propiedad privada, pero la afectación sin titularidad responde a un aspecto parcial del problema, puesto que no puede aclarar una serie de preguntas de gran importancia en la materia, tales como el de la conservación del bien, el de la responsabilidad por daños ocasionados, bien directamente por el objeto demanial, o bien indirectamente a través de las funciones o servicios que sobre él se realicen, el de la percepción de las tasas de utilización, el de la percepción del valor venal en caso de desafectación y venta, el del ejercicio de la policía que puede disociarse según que se trate de la conservación o de la circulación sobre los bienes, etc.

Todas estas preguntas se responden fácilmente cuando la titularidad y la afectación coinciden en un mismo ente público, pero no sucede así cuando se disocian entre entes distintos, cobrando entonces una trascendental importancia (15).

La afectación es el destino del bien. Un empresario privado destinará los distintos bienes que integran su empresa a la finalidad que tenga por conveniente en un momento determinado. Cuando es la Administración pública la que actúa, puede en muchos casos necesitar llevar a cabo estas modificaciones. ¿De qué forma se puede proceder a la afectación de bienes en el Derecho español? Pregunta ésta que a su vez se divide en dos: en el Estado y en las entidades locales, personas jurídicas todas ellas que completan nuestro ordenamiento jurídico, ya que sus normas servirán de modelo para los demás entes públicos, los cuales, según el Derecho español, pueden ser titulares del dominio público, ya que no se da en él la distinción italiana entre demanio y patrimonio indisponible.

1. *Afectaciones estatales.*—Quizá parezca excesivo afirmar que no existen en España normas que regulen esta materia. También lo pare-

(15) Hemos examinado la disociación personal entre Estado y entes locales en nuestro artículo *Relación orgánica y de servicio en los funcionarios públicos* (número 13 de esta REVISTA); nos interesa en éste hacer un examen de esta disociación en orden a los bienes. Ambos aspectos, personal y real, son un capítulo importante en el sector de la colaboración entre administraciones públicas.

cerá el afirmar que no es la costumbre administrativa la que impera en estos casos. Se trata de materias huérfanas de regulación y que dan lugar en ocasiones a actuaciones complejas y muchas veces desenfocadas.

Se distinguen dos clases de afectaciones: internas y externas. Las primeras son las realizadas dentro de una persona jurídica; las segundas se realizan de persona a persona. Aquéllas hacen surgir relaciones interorgánicas; éstas, relaciones intersubjetivas.

En cuanto a las primeras, que son las que interesan en esta parte estática del estudio, repetimos que no existen normas que las regulen. Hay una tendencia muy acentuada a estimar a los órganos estatales como verdaderos titulares *nomine* propio de los bienes afectados a su espera de competencia, tendencia absurda que conduce a resultados antijurídicos.

La afectación interna en el Estado tiene como origen un acto unilateral, que debe ser declarado en todo caso por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio competente por razón de la materia por ser el órgano máximo que puede formular y concretar la voluntad estatal. Lógicamente, los bienes del Estado se clasifican en demaniales y privados: éstos están gestionados por una Dirección General del Patrimonio dependiente del Ministerio de Hacienda, pero aquéllos se administran y gestionan según el principio de especialidad, es decir, por Ministerios (e incluso dentro de ellos por servicios concretos).

En la práctica, no obstante, la tendencia acusada anteriormente hace que tales Ministerios se crean verdaderos titulares, propietarios de los bienes que les están afectados (16).

(16) El Consejo de Estado en un dictamen reciente (número 24.956) ha tenido ocasión de enfrentarse con un caso curioso. Se trataba de la cesión de terrenos de un Ministerio a otro con el fin de construir determinadas factorías. El Consejo se ha pronunciado en el sentido de que, careciendo de personalidad los Ministerios, no puede establecerse una relación entre ellos de tipo concesional o contractual. Lo único posible es iniciar un expediente de modificación de la afectación, cambio que será declarado por el Consejo de Ministros previa instrucción de un expediente único. Hay que esperar que después de esta doctrina, los órganos dejen de considerarse como propietarios de los bienes que utilizan.

Ciertamente que esta tendencia tiene una base fuertemente económica, hasta el extremo de que hoy día la personalidad es más bien económica que jurídica. En el ordenamiento inglés la mayor parte de los Departamentos gozan de propia personalidad fiduciaria. Vid MACKENZIE and GROVE: *Central Administration in Britain*, 1957, página 163. DENIS LEVY: *La Responsabilité de la Puissance publique et des ses agents en Angleterre*, 1957, págs 30 y ss., donde se enumeran los Ministerios con plena personalidad, sin ella y con ciertos elementos de la misma.

Incluso la propia terminología utilizada induce muchas veces a error, hablándose de «bienes propiedad de la Marina», e incluso figuran inscritos de esta manera en el Registro de la Propiedad, contra cuya enormidad jurídica ha reaccionado la reciente reforma del Reglamento Hipotecario, si bien ya anteriormente tales bienes debían estar inscritos a nombre del Estado, con indicación de los Organos a que están afectos. Otras veces se habla incluso en las propias Leyes de «concesiones demaniales de un órgano a otro» (17).

Como puede comprenderse, se trata de desviaciones jurídicas que no pueden tenerse en cuenta ni vinculan al intérprete en el momento de su examen. Quizá la causa de que los órganos se consideren como propietarios de los bienes radica en que de la gestión de los mismos se perciben unos ingresos, muchas veces *extra legem*, que pueden producir cuantiosos beneficios para los gestores.

2. *Afectaciones locales*.—El Reglamento de bienes anteriormente citado sí que regula la materia, si bien de manera genérica, exigiendo en su art. 8.º un expediente previo, con información pública y *quorum* especial para alterar la calificación jurídica de los bienes, y hay que entender que para hacer, naturalmente, *ab initio* dicha calificación. No es preciso el expediente y la tramitación anterior cuando la alteración derive de actos administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades, como, por ejemplo, los proyectos de urbanización. También se admite en la esfera local la afectación en los casos de usucapión con arreglo al Código civil y por el transcurso de veinticinco años de usarse los bienes de propios o comunales para fines de usos o servicios públicos (18).

(17) Así, p. eje., el art. 68 de la Ley de Pesca fluvial regula las concesiones que otorga la Dirección general de Montes, Caza y Pesca fluvial a la de Turismo. El artículo 21 del Real-Decreto Ley de 7 de enero de 1927 sobre régimen de aprovechamientos de aguas regula las «concesiones que tengan por objeto servicios del Estado, que deberán solicitarse por los Ministerios respectivos al de Fomento»; la ventaja que tienen es el ser preferentes a las incompatibles solicitadas por particulares. No es extraño, en efecto, que se otorguen constantemente concesiones para las Jefaturas de Estudios y Construcciones de Ferrocarriles. Esto es realmente absurdo. ¿Qué consecuencias tienen estas concesiones? ¿Es verdaderamente una relación concesional la que surge? A nuestro juicio no. Todo esto debía regirse por expedientes únicos de modificaciones demaniales declaradas por el máximo órgano ejecutivo estatal.

(18) Los bienes de propios pueden transformarse en demaniales o comunales, según el uso a que hayan estado sometidos; los comunales pueden transformarse en

Hasta aquí nos hemos fijado en las afectaciones internas.

En cuanto a las externas, es decir, de persona a persona, pueden producirse, o bien *ex lege*, o por acto unilateral, o por un contrato administrativo entre entes públicos, todo ello, naturalmente, para que un bien adquiera la categoría de demanial. El Consejo de Estado francés admite la posibilidad de que a través de contratos civiles se afecten bienes a un servicio público. Entendemos que es aquí donde radica uno de los defectos de la teoría de la afectación para explicar por sí sola la tesis del dominio público: un particular puede ceder mediante contratos privados el uso de un bien de su propiedad para explotar y gestionar en él una función o un servicio público, pero, salvo que la Ley lo prevea y lo impida, sigue siendo propietario sin que la afectación restrinja sus facultades dominicales en orden, por ejemplo, al desahucio, etc. Para que las afectaciones externas complementen la titularidad demanial se requiere, por lo tanto, que se entable una relación entre entes públicos a través de contratos de derecho público, como sería, por ejemplo, el compromiso de auxilios, al que más adelante hemos de referirnos. Estas afectaciones, en definitiva, pueden proceder directamente de la Ley, de un acto administrativo condicionado y de un contrato de derecho público (19).

Conviene insistir sobre la siguiente cuestión: si los particulares pueden ser titulares de bienes de dominio público (20).

públicos. En realidad es un juego de palabras, ya que los llamados bienes comunales—cuya terminología históricamente refleja a los actuales bienes públicos—son en realidad demaniales. Basta examinar su régimen (inalienables, imprescriptibles e inembargables).

(19) Vid. DUVERGER, *Op. cit.*

(20) El acto de afectación es un acto jurídico unilateral—no un simple hecho, aunque aquél sea implícito—, pero dirigido a la colectividad. No es aceptable la opinión de FORTSHOFF de que carece de destinatario por dirigirse a una cosa (*Tratado de Derecho administrativo*, 1958, pág. 492). Este autor se plantea el problema de que las cosas afectadas sean de propiedad particular, afirmando que «se requiere su concesión, o sea que el propietario tiene que asentir a la afectación», la cual—continúa—una vez que la cosa pública entra en acción, no es modificable ni puede revocarse tal acto. Esto es inexacto en términos generales.

Un ejemplo patente de que la afectación por sí sola carece de virtualidad para calificar de demanial a una cosa, nos lo ofrecen las «calles particulares». A pesar de su afectación al uso público, son de propiedad privada (pudiendo los dueños cerrarlas y sin que quepa la usucapión cuando hay signos externos indelebles que demuestran tal propiedad (por ejemplo, rótulos, carteles, etc.). Las Ordenanzas municipales de edificación suelen regularlas minuciosamente, exigiéndose licencia para

Es muy corriente que los particulares arrienden edificios y locales para escuelas, oficinas de Correos, Juzgados, centros sanitarios, etc., pudiéndose plantear el problema de si el hecho de utilizar la Administración estos bienes para unos fines públicos los transforma en demaniales, con el cambio de titularidad o manteniéndose ésta en manos particulares. Como gran parte de las instituciones administrativas, ésta tiene su antecedente y su paralelo en el Derecho Canónico en el caso de la regulación de los templos. Las iglesias o templos constituyen en el ordenamiento canónico unas personas jurídicas especiales, dirigidas a una finalidad de culto y que forman parte de las cosas sagradas.

No surgen problemas cuando la propiedad del templo (edificio) corresponde a él mismo en cuanto persona jurídica eclesiástica distinta de otras que integran el *desintegrado* ordenamiento canónico (diócesis, parroquia, beneficio, etc.) (21).

En estos casos se da la unión de titularidad y afectación (consagración al culto).

Pero puede suceder, y el *Códex* lo prevé, que la propiedad de los templos sea de los particulares. En España, después de la Guerra de Liberación, fueron habilitados numerosos edificios como templos y aun hoy día existen templos abiertos al culto en locales arrendados. En estos casos caben teóricamente dos posturas:

a) O pensar que automáticamente, por el hecho de la consagración, ha habido un cambio de titularidad en la propiedad de la cosa que ha pasado de manos particulares a las del propio templo o iglesia personificada, lo que constituiría una confiscación *ex lege*, o

su apertura, y características similares a las de las calles oficiales (terminología utilizada por las Ordenanzas madrileñas, art. 246); son los dueños los encargados de establecer los servicios viales de aceras, alcantarillados, alumbrado público, etc., si bien el Municipio los conserva caso de cesión gratuita. Desde el punto de vista civil, cuando tales calles son de varios dueños, nos encontramos ante una comunidad de características especiales que nace para subsistir y no para morir (Vid. PELAYO HORE: *La indivisión perpetua en el Código civil*, «Rev. de Derecho privado», 1942, págs. 458 y siguientes).

(21) Vid. PETRONCELLI: *El Patrimonio eclesiástico*, 1940, págs. 221 y ss. En todo caso hay que distinguir entre el edificio material y la persona jurídica. Aquél es el *sustratum material* pero no es en sí mismo la persona, sino un elemento de ella.

Sobre el particular, en relación con los llamados «establecimientos públicos» Vid. mi estudio, *Las personas juridico-públicas en el Código civil*, en el número 20 de esta REVISTA.

b) Entender que subsiste la propiedad del particular, el cual a través de un contrato lo ha cedido para uso del culto.

Esta segunda posición es la lógica y correcta y la que está de acuerdo con el Derecho Canónico; es más, el particular conserva todos los derechos materiales y procesales sobre la cosa.

El Derecho Canónico, sin embargo, ofrece alguna especialidad digna de mención. Ante todo porque el derecho de propiedad privada de los templos se extiende al valor económico y no al elemento espiritual, adquiriendo una extraordinaria relevancia la idea de afectación. Por otra parte, el vínculo de culto comprime solamente, pero no suprime el derecho de propiedad, pudiendo, en consecuencia, enajenarse siempre que se respete dicho uso (cánones 1150, 1187, 1510, 1537).

Pues bien, si trasladamos—*servata distantia*—estos conceptos al ordenamiento administrativo, nos daremos cuenta de que existen numerosos casos en que los particulares tienen inmuebles destinados a fines públicos. Unas veces porque arriendan sin más los locales; otras, porque vienen obligados *ex lege* a celebrar esta figura anómala de los «contratos forzosos». En el primer supuesto, los particulares continúan siendo propietarios a todos los efectos de los bienes, los cuales no se transforman en demaniales, aunque a veces la idea de afectación impone especialidades en su régimen jurídico. Mientras no se diga lo contrario, el propietario no tiene obligación de mantener la cosa afectada al fin público, pudiendo, en consecuencia, ejecutar las acciones procedentes para recuperar los bienes.

En conclusión, se debe afirmar que los bienes demaniales necesitan, para ser tales, de la titularidad y el destino como requisitos concurrentes, y en cuanto falte alguno de ellos nos encontraremos con bienes privados, bien de los particulares, bien de la propia Administración.

III. Debemos examinar ahora el aspecto dinámico de ambos conceptos, es decir, las modificaciones o mutaciones demaniales en nuestro ordenamiento jurídico.

Entendemos referirnos a aquellos supuestos en que existe una disociación entre la titularidad o el destino, o de ambas cosas a la vez, y para que nuestro estudio refleje la realidad hemos escogido un método inductivo de investigación que nos conducirá a la formulación de una premisa general para futuras deducciones.

PRIMER CASO.—Disociación entre titularidad y afectación.

En algunas ocasiones surge esta figura cuando la gestión de una función o servicio se desarrolla en bienes ajenos, los cuales a su vez pueden estar en manos particulares o en manos de otros entes públicos. Examinemos separadamente ambas figuras.

a) A veces la Ley impone obligatoriamente una afectación externa. Concretamente, el art. 51 de la Ley de Enseñanza Primaria de 17 de julio de 1945 dispone que el edificio escolar puede ser propiedad particular, municipal o estatal. En el segundo caso se produce un fenómeno de disociación demanial, ya que el Municipio es titular del bien, mientras que el servicio escolar es estatal, cuyo rescate se llevó a cabo precisamente con la Ley mencionada. Aquí se ve claramente el error en que incurre el Reglamento de bienes de las entidades locales en su art. 4.º, ya anteriormente citado, puesto que en este caso, precisamente el Municipio afecta un bien de dominio público municipal a un servicio cuya titularidad no le pertenece. La Ley ha querido vincular tales edificios estableciendo que no se podrá destinar a otro servicio sin consentimiento del Estado.

En el propio artículo dispone que «si el Estado es el propietario, gozará el edificio de la consideración de bien de dominio público».

Da la impresión de que en los demás casos en que sea el Municipio el titular serán de dominio privado. Esto es completamente inexacto. La tradición histórica nos demuestra que el dominio público viene predicándose fundamentalmente del Estado, y así vemos cómo la Ley de Puertos declara de dominio público los puertos estatales, pero ¿quiere ello decir que no lo sean también los puertos provinciales o municipales? Y respecto de las aguas públicas que están en manos de entidades locales, ¿no son efectivamente demaniales en algunas ocasiones? La verdad es que existen dos tipos de dominio público (no dos clases): el estatal y el local, y por ello no puede extrañarnos la dicción de muchas de nuestras leyes, entre ellas la que comentamos. Los edificios referidos en el art. 51—como los puertos y las aguas en determinados casos—forman parte del dominio público municipal o provincial.

Debido a la fuerte tutela que el Estado ejerce sobre los Municipios en materia escolar en la que, en general, a éstos les impone la carga

material de la conservación de los edificios, no es de extrañar que la idea de afectación, que pertenece al Estado, domine a la titularidad, necesitándose su autorización previa para la desafectación o su modificación.

En este primer aspecto planteado existe dominio público municipal, pero la relevancia que adquiere la afectación, ¿hace perder al Municipio en la realidad su posición de titular? ¿Quién percibiría las tasas o cánones de utilización excepcional anormal de los edificios? A nuestro juicio, lo que la Ley impone es que no se desafecten de ese concreto fin sin autorización estatal; ahora bien, en lo que no perjudique tal destino, la titularidad municipal es plena. Imaginemos la concesión para instalar un bar en uno de dichos edificios. Tal concesión sería municipal, y sería el Municipio el perceptor de la correspondiente tasa.

b) Cuando el edificio es propiedad de un particular, se produce una curiosa figura: el Municipio es el arrendatario (sobre él pesa la carga del arriendo); la afectación es a un servicio estatal y—dice la Ley—el arrendamiento se regulará por normas distintas a las del derecho común para garantizar la permanencia del servicio. ¿A qué normas se refiere? ¿Quiere decirse que no será de aplicación la Ley de Arrendamientos Urbanos en su caso? Lo que parece deducirse es que la idea de afectación es también aquí preponderante. De todas formas, queda siempre en pie la legalidad de las llamadas normas especiales en relación con los citados contratos. No sería válida, por ejemplo, la que dejara en manos de la Administración absolutamente la suerte del bien, despojando prácticamente al propietario de su titularidad y las facultades inherentes. En esta materia conviene no perder de vista que la Administración puede «abusar» en un doble sentido: como ente de supremacía y como contratante a través de cláusulas leoninas. Las reacciones jurídicas son diversas en ambos casos.

En este segundo supuesto, el bien no es demanial como puede comprenderse, a pesar de las limitaciones impuestas legalmente. Podrá hablarse de la demanialidad del derecho de uso, pero esto mismo es impropio. Existe sencillamente un bien privado cedido en uso—a través de contratos privados—a la Administración—en este caso el Municipio—, la cual a su vez lo afecta a un servicio cuya titularidad no le pertenece.

SEGUNDO CASO.—*Titularidad provisional y afectación definitiva.*

La labor que en España realiza el Instituto Nacional de Colonización es digna de todo elogio, y en un aspecto concreto nos interesa a nosotros en este estudio: en el de la construcción de pueblos. Para dos finalidades diversas puede dicha entidad construirlos: por estar incluidos en los grandes planes de colonización o para acoger a poblaciones trasladadas (vid. arts. 104 ss. del Reglamento de expropiación forzosa aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, art. 89 del de Bienes de entidades locales, art. 7.º del de Población municipal).

La técnica utilizada es bien sencilla. Cuando se trata de expropiaciones que dan lugar a traslados de poblaciones, el Instituto puede subrogarse en los derechos de los expropiados que se acojan a este régimen. Dispone el art. 89 del Reglamento de bienes que «el producto de la enajenación o expropiación de los bienes municipales de todas clases que resulten afectados, se aplicarán a los fines previstos en el párrafo 2, artículo 96 de la Ley de expropiación de 16 de diciembre de 1954. Es decir, que las cantidades que el Instituto perciba como subrogado de la entidad desaparecida, deben invertirse en el patrimonio de la nueva entidad. Encontramos aquí una figura de expropiación de dominio público. Es muy discutido en la doctrina esta posibilidad. Se sostiene normalmente que la expropiación del dominio público se sustituye por las «mutaciones demaniales» declaradas imperativamente. Aparte de que ello es sólo posible respecto del Estado, pues puede exigirlo así de los demás ordenamientos secundarios y derivados, la práctica nos ofrece ejemplos contrarios. Uno de ellos es el del texto. El Instituto, como subrogado, percibe el valor de los bienes «de todas clases», es decir, demaniales o privados, muebles o inmuebles, etc.

Pero esta figura tiene una particularidad curiosa. Cuando se pensó en regular jurídicamente los pueblos construídos por el Instituto se manifestaron diversos sistemas: o declararlos *ex novo* Municipios a sé, o desconocerlos como entidades autónomas o, en fin, otorgarles una situación intermedia: la condición de Entidad Local Menor. Esta, con personalidad propia, está en ciertos aspectos supeditada al Municipio al que pertenece. Esta última fué la solución adoptada por el Decreto de 28 de octubre de 1955. Tales entidades menores surgen por un procedimiento especial (basta una comunicación del Instituto al Ministerio

de la Gobernación con el fin de que éste «sin más trámites» dicte el Decreto de constitución).

Efectivamente, el Estado no podía desconocer la existencia de estos núcleos de población nueva. Y aquí surge con claridad esta distinción básica entre «ciudad» y «municipio», entre lo que se «construye», que es el pueblo materialmente considerado, y lo que se «constituye», que es la Entidad Local Menor.

Pero no bastaba con crear un régimen jurídico especial para tales núcleos de vecinos; precisaba determinar cómo iba a subsistir: concretamente, se planteaba el problema de su hacienda. La Ley de Régimen Local en su art. 430, 5, prevé que las entidades menores concierten con el Municipio el pago de uno o varios cupos alzados de todas las exacciones exigibles a sus habitantes, subrogándose en su lugar en las facultades relativas a organización de la Hacienda, establecimiento y recaudación de imposiciones municipales. Este sistema adopta el Decreto de 1955 para las entidades a que nos referimos; tal cupo no podrá superar el 20 por 100 del total que se recaude.

La figura jurídica, sin embargo, tiene caracteres impropios. El Instituto de Colonización tiene unas facultades amplias hasta que se cumple el período y se accede a la propiedad por parte de los colonos (22). Durante este período:

a) Continúa siendo «propietario» de los terrenos que hubiera adquirido, así como de las instalaciones, edificios y servicios que haya realizado en el pueblo.

b) Las autoridades locales—que han de ser nombradas por el gobernador civil entre colonos del Instituto—no pueden introducir alteración ni modificación en ellos sin autorización del director general del Instituto.

(22) La sentencia del T. S. de 11 de diciembre de 1958, declara ilegal el Decreto de 28 de octubre de 1955 por ir en contra de la ley de régimen local. No lo anula porque no se recurrió directamente contra él, sino que anula un acto administrativo que constituía una entidad local menor y lo declara inaplicable, lo que equivale a decir que es ineficaz, aunque sea válido por no estar anulado. No nos incumbe comentar esta sentencia, y sí sólo hacer constar que a efectos de nuestro estudio no ha modificado en nada las conclusiones ni el planteamiento, ya que la misma sentencia declara la posibilidad de subsanar y mantener legalmente la existencia de entidades creadas de forma defectuosa. En la realidad existen numerosos pueblos constituidos al amparo de tal disposición.

El primer punto sub *a*) quiere decir que los bienes demaniales que han sido «realizados» por el Instituto le pertenecen; el punto sub *b*) quiere decir que la entidad local no puede modificar, ni la sustancia, ni la afectación. He aquí la especialidad de la figura. Titularidad provisional, porque en el momento en que se termine el período del acceso a la propiedad por parte de los colonos, la entidad entrará en el régimen general.

Esta transitoria situación jurídica puede producir fricciones entre ambas personas jurídico-públicas: Instituto y entidad menor, por ejemplo, en orden a la percepción de las tasas de utilización del dominio público, a una posible desafectación, a una mejora, reforma, conservación de obras, etc. Incluso en orden a los servicios públicos indispensables. Imaginemos el servicio de abastecimiento de aguas, electricidad, gas si existe, etc. ¿Quién adoptaría la figura de concedente en el caso de que se explotaran por este sistema indirecto? Cuando el servicio es estatal—electricidad o gas—no surgen graves problemas en cuanto al servicio, aunque sí en cuanto a la concesión demanial que le sirve de soporte. Pero cuando el servicio es local—abastecimiento de aguas, por ejemplo—. ¿quién concedería? Suponiendo que fuera el Instituto, ¿se transferiría la concesión a la entidad al finalizar el período de acceso a la propiedad? A mi juicio, tales pueblos están bajo la dirección inmediata del Instituto, el cual es quien los ha construido y los conserva; por ello, durante ese período—pero no más—debe ser quien provea por el sistema y medio que estime más conveniente, a la prestación de los servicios públicos. Al finalizar el período mencionado, la entidad, como si se saliera de la tutela a que ha estado sometida, recobraría la plenitud de sus potestades y derechos.

TERCER CASO.—*Sucesión en la titularidad* (23).

La distinción entre sucesión a título universal y particular, según la forma de recibir bienes y derechos, ha sido aplicada a nuestro campo. Aquella se daría cuando un ente público sucede a otro, sin «una previa

(23) Vid. sobre el particular VIGNOCCHI: *La successione tra enti pubblici*. CICU: *Le successioni*, 1947, pág. 21, en donde se examina la extinción de personas jurídicas, no como fenómeno hereditario ni apertura de sucesión, sino como un caso de devolución de bienes en vista del fin.

liquidación» de activo y pasivo; ésta cuando existe, sucediéndose tan sólo en el exceso del activo sobre el pasivo. La sucesión a título universal es la normal entre entes territoriales. La segunda entre entes no territoriales. Distinto de estos conceptos es el de sucesión parcial. En efecto, parcial se opone a total. Aquélla quiere decir que se sucede en parte del ordenamiento jurídico de una persona, por ejemplo, una segregación parcial de territorio municipal para su agregación a otro. Una sucesión puede ser universal y parcial (24).

Los problemas sucesorios en el Derecho administrativo ofrecen particularidades interesantes que conviene examinar, bien entendido que nos estamos ciñendo al ordenamiento español vigente. Tomemos el caso más importante por los problemas que puede plantear: las agregaciones y segregaciones parciales. No quiere ello decir que las demás figuras carezcan de interés, pero sí que los problemas son de más fácil solución. Así, por ejemplo, la creación de Municipios, la incorporación y la fusión, en relación con los bienes demaniales tienen soluciones más radicales que las segregaciones parciales. El problema realmente difícil de solucionar es el siguiente: ¿qué bienes pasan al Municipio agregacionista? Siendo un reflejo del mismo problema tratado en el ordenamiento internacional, las soluciones que se ofrecen son similares. Suele responderse que aquellos bienes que están «adheridos» en la parte de territorio municipal segregado. Sólo que esto no nos resuelve en todos los casos las dudas, porque ¿es que la localización material de una cosa puede llevar implícita la posibilidad de traspaso? Imaginemos un mercado municipal localizado en una parte del territorio comunal que se agrega a otro Municipio. ¿Es que el territorio influye más que el servicio prestado? ¿Existe traspaso de titularidad? Y ¿qué sucede con la afectación?

Puede pensarse—y esta idea será una conclusión de este trabajo— en la figura de la «cotitularidad». Ambos Municipios tendrían iguales derechos y obligaciones respecto de dicho bien. También podría pensarse en la existencia de una titularidad no modificada ni trasladada, sobre un bien que está fuera del territorio comunal. Esto es perfectamente posible, aunque algunos autores niegan esta posibilidad. Los Mu-

(24) ROYO VILLANOVA distingue la sucesión universal y la parcial (*Los términos municipales y sus alteraciones*, 1947, pág. 57). Ya se dice en el texto que en realidad se trata de conceptos que discurren por caminos distintos.

nicipios, fuera de su término jurisdiccional, no tienen *imperium* o policía, pero sí tienen *dominium* (25). Un Estado mantiene unos órganos desconcentrados fuera de sus fronteras, sostiene Institutos de enseñanza, centros de recreo, etc., incluso es propietario de bienes privados evidentemente, pues no puede haber un demanio fuera de las fronteras—salvo concesión expresa del otro Estado, manifestada directa o indirectamente—. Ahora bien, para nuestro objeto, como tales bienes no son demaniales normalmente, conviene adoptar la posición antedicha de la cotitularidad, en aquellos casos en que sea indispensable para ambos Municipios.

Pero suponiendo que pasen esos bienes, ¿con qué criterio se hará el traspaso? El art. 12 del Reglamento de Población y Demarcación Municipal, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952, dispone que «la segregación parcial llevará consigo, además de la división del territorio, la que conjuntamente deberá practicarse de los bienes, derechos y acciones, deudas y cargas, en función del número de habitantes y de la riqueza imponible correspondiente al núcleo que se trate de segregarse».

Este precepto no distingue las diversas clases de bienes, ni habla de la forma del traspaso. ¿Será gratuito en todo caso? ¿Qué bienes se traspasan? ¿Los demaniales solamente?

No parece que pueda haber traspaso obligatorio más que respecto del término, es decir, que lo que en realidad sucede es que el *imperium* del Municipio mutilado queda reducido en su esfera de acción, ampliándose el del anexionante. Como el *imperium* no admite sucesión, sino que se ejercita *iure proprio* de manera autónoma, es evidente que este segundo Municipio amplía su campo de acción (26). También entran los bienes demaniales localizados en el terreno segregado y, dentro de ellos, los destinados a usos públicos—calles, por ejemplo—, pues es lógico que la policía de conservación y circulación quede en manos del anexionante. Ahora bien, los demás bienes demaniales afectados a servicios o funciones públicos, pueden dar lugar en mayor medida a la cotitularidad. En cuanto a los bienes privados, no se ve la necesidad del traspaso, pues ya se ha dicho que un Municipio puede tener *dominium* fuera de su territorio.

Lo que parece evidente es que el traspaso no puede ser—al menos

(25) ROYO, Op. cit., pág. 20 ss.

(26) VIGNOCCHI, Op. cit.

en términos generales—gratuito. Cuando existen deudas localizadas, o cargas, puede haber una compensación patrimonial. Pero no sucede así cuando no las hay. Existen dos índices: el número de habitantes y la riqueza imponible. Supongamos que se ha construido un determinado bien demanial por el Municipio mutilado. En el coste hay aportaciones de otros vecinos—o puede haberlas—que no residen en esa parte del territorio; sería un enriquecimiento injusto el que el nuevo Municipio se apropiara gratuitamente de dicho bien, que está afectado a un núcleo de población, que ni por número ni por la riqueza imponible localizada puede haber sufragado todos los gastos.

La comparación entre el coste de la obra—o de la instalación del servicio—y los dos índices citados, nos dará el valor que debe ser abonado por el Municipio anexionante.

En el ordenamiento español, salvo el precepto transcrito, no existen normas que especifiquen el procedimiento sucesorio. En los Decretos autorizando la segregación y agregación, se contiene una cláusula genérica por la que el Ministerio de la Gobernación puede adoptar las medidas necesarias a tal fin. En la práctica han surgido graves dificultades (27).

CUARTO CASO.—*Cooperación y demanialidad.*

Se ha puesto de manifiesto cómo una de las tendencias actuales del régimen local es la no separación absoluta de sus finanzas y las estatales. De los varios sistemas que para financiar a las entidades locales señalaba SELIGMAN (28), en España se utiliza uno mixto, en virtud del

(27) Un problema que se ha planteado en la práctica ha sido el siguiente: ordenada la segregación y agregación parcial de una porción de territorio municipal durante la vigencia de un Presupuesto, ¿quién debe percibir los impuestos y tasas que recaigan sobre dicha porción hasta fin de ejercicio? Se sostenía por el anexionante que el imperium podía ejercerse inmediatamente; sostenía el desmembrado que a él le correspondía hasta fin de ejercicio económico. Estas controversias son resueltas por el Ministerio de la Gobernación, contra cuyo acto cabe recurso contencioso-administrativo.

(28) Los sistemas posibles son los siguientes:

- a) recaudación única por el Estado con posterior distribución,
- b) recaudación por el Municipio o Provincia con un sistema propio de impuesto o tasas, dentro de la Ley,
- c) participación en ingresos estatales,
- d) recargos sobre éstos, bien sobre la cuota bien sobre la base.

cual coexisten impuestos propios, participaciones en impuestos estatales y recargos sobre éstos. Pero junto a estas entradas típicas de cualquier hacienda, figuran capítulos relativos a las subvenciones, anticipos, etc.

Los Municipios no pueden soportar con sus propios medios las cargas que sobre ellos pesan. Ya sean cargas típicamente locales, ya estatales. Por ello el Estado ha tenido que utilizar un sistema bifrontal: por una parte, desgravar ciertas cargas que pesaban sobre ellos; por otra, ayudarles directa o indirectamente, a través de medidas de fomento.

Una de las novedades de la Ley de régimen local vigente de 24 de junio de 1955 (texto refundido) ha sido el progresivo fortalecimiento de la Diputación Provincial (la Provincia), dotándola de ingresos saneados, imponiéndole al mismo tiempo la obligación de la cooperación a servicios municipales.

Debemos distinguir al objeto de nuestro estudio entre:

- a) Cooperación provincial.
- b) Cooperación estatal.
- c) Cooperación privada.

La forma jurídica que se utiliza para llevar a cabo estas cooperaciones es la del contrato de «compromiso de auxilios», naturalmente, cuando se trata de personas jurídicas distintas, pues si fuera entre órganos estatales, por ejemplo, tal compromiso carecería de naturaleza contractual, al carecer aquéllos de propia personalidad. Como quiera que este estudio contempla tan sólo el aspecto de la demanialidad, no podemos entrar en el examen de esta figura contractual (29). Como fórmula general hay que dejar bien sentado que cuando una entidad pública financia o ayuda al menos, interviene en la regulación del bien construido e incluso del servicio prestado. Toda ayuda económica significa intervención por parte del financiador, al menos para fiscalizar el buen uso que del dinero se haga por el ente beneficiario. Otro principio general es el de que la cooperación desvía las formas contractuales como veremos.

a) *Cooperación provincial*.—Está regulada en la Ley de régimen local y en el Reglamento de servicios aprobado por Decreto de 17 de

(29) Vid. GERVAIS: *Le régime juridique des Offres de concours*, «Rev. de Droit Public», julio-septiembre 1953, págs. 645 y ss.

junio de 1955 (arts. 156 ss.). Esta cooperación puede adoptar diversas formas, desde la orientación económica y técnica, hasta la subvención a fondo perdido, pasando por los anticipos reintegrables y creación de Cajas de crédito. Su alcance subjetivo se limita a los Municipios inferiores a 20.000 habitantes—salvo excepciones—.

Veamos prácticamente las dos fórmulas más utilizadas en orden a la cooperación. Los planes bienales son confeccionados por la Diputación, y en ellos se contienen las siguientes cláusulas:

1.^a Si se trata de anticipos reintegrables, responde de su pago el 10 por 100 de la participación municipal en el arbitrio sobre la riqueza provincial (art. 493 de la Ley), el recargo sobre el producto neto que es del 25 por 100 del de las sociedades, excepto las de seguros (art. 492).

2.^a Pueden afectarse otros ingresos.

3.^a Siempre lo están las contribuciones especiales que nazcan de la obra o servicio.

4.^a La Diputación podrá incautarse o retener en caso de impago.

5.^a Aunque se trate de cooperar con Entidad Local Menor, el contrato de compromiso de auxilios se celebra con el Municipio al que pertenece.

6.^a Pueden «adoptarse» los Municipios, en cuyo caso toda la ejecución de la obra corre a cargo de la Provincia.

7.^a Se establece un orden de preferencia en la ayuda según el importe de la obra, la pobreza del Municipio, el número de habitantes, la mayor ayuda ofrecida, la urgencia, etc.

8.^a La contratación de las obras se realiza, o directamente por la Diputación cuando se trata de pueblos adoptados, cuando se subvenciona en más del 50 por 100, y siempre que lo estime conveniente. Los Municipios han de ingresar antes de celebrar los contratos—que son normalmente por subasta, salvo que se trate de obras o servicios con único ejecutor—, el importe de su aportación poniendo los terrenos a disposición de aquélla; esta aportación puede ser en especie; por ejemplo, prestación personal, transporte, materiales de construcción, etcétera. Cuando se contrata directamente por el Municipio, la subvención o el anticipo se otorga *a posteriori*, es decir, una vez se acredita la ejecución de la obra, con su coste. No todas las obras sujetas a cooperación necesitan seguir los mismos trámites para su aprobación; en algunas existen proyectos-modelos (por ejemplo, lavaderos), en otras se precisan

informes técnicos de órganos estatales (la técnica en pocas ocasiones está descentralizada), por ejemplo, abastecimiento de aguas (se precisa conocer el aforo de los manantiales o de la captación, análisis, autorizaciones, informes, etc.).

El contrato de compromiso de auxilios entre la Provincia y el Municipio se perfecciona con la adhesión que éstos hacen—a través de un propio acuerdo por el que se obligan a participar—al Plan publicado en los diarios oficiales correspondientes.

El problema surge porque entre los ingresos que nutren el presupuesto especial de cooperación (art. 175, 8.º del Reglamento de servicios) se mencionan «los rendimientos de los servicios establecidos que quedaren vinculados a la acción administrativa de la Diputación durante el tiempo fijado, según el cálculo de anualidades». En los Planes bienales suele incluirse, como se ha dicho, una cláusula de afectación de determinados ingresos para el reintegro de anticipos. Queda fuera el caso de subvención a fondo perdido. En el caso de anticipo, si se acuerda la afectación de los ingresos que producen los bienes, ¿qué efectos tiene sobre éstos? ¿Qué ingresos quedan afectados?

Conviene que distingamos los diversos supuestos que pueden presentarse:

1.º Si se trata de *construcción de obras*—que es el caso típico a que debe alcanzar la cooperación—quedarán afectadas las tasas que produzca directamente por su utilización excepcional. Más dificultades presentan las que se perciben por la prestación del servicio. Por ejemplo, un matadero puede ser utilizado de forma anormal por quienes tienen una concesión para colocar un quiosco, un bar, etc., y de forma normal por quienes utilizan el matadero para su finalidad específica. Las tasas que se perciben por lo primero quedan afectadas en cuanto que nacen directamente de la obra; las segundas nacen directamente del servicio. Es éste un caso en que los conceptos de obras y servicios andan regularmente confundidos. De todas formas, ¿se perciben directamente por la Provincia, o se trata más bien de una afectación de garantía, percibiéndolas el Municipio con la obligación del pago? Esta fórmula de afectar ingresos públicos al pago de deudas es una reminiscencia histórica de las que realizaban los Monarcas absolutos sobre sus alcabalas y demás ingresos por razón de juro y otras mercedes. De esta forma, sin embargo, en la actualidad, se evita el tener que acudir a medidas indirectas.

tas de presión—para obviar las dificultades de un embargo no siempre permitido—.

Lo cierto es que la Provincia, que ha construido la obra con la cooperación municipal (30), tiene una posición de supremacía respecto de ella que la autoriza a tomar cuantas medidas crea necesarias y convenientes en orden a la conservación, mejora, etc.

¿Quién percibirá la indemnización en caso de desafectación y venta? A nuestro juicio, se trata de un caso de cotitularidad, en razón precisamente de las cuotas de participación. Cuando ésta sea totalmente provincial—sistema de adopción—, la obra es de la Provincia, si bien afectada a un servicio municipal. Sin embargo, esta titularidad provincial es también provisional, hasta tanto no sea reintegrada de los anticipos desembolsados. Tampoco le sería posible desafectar a voluntad tales bienes, tanto porque el Municipio ha podido participar—y si lo ha hecho es cotitular demanial—, como porque la Ley obliga a la cooperación, pero no a la «absorción», y a esto equivaldría privar por completo al Municipio beneficiario de su potestad en orden a tales bienes. De esta forma, además, se legitimaría a cualquiera de las dos entidades para poder ejercer actos de imperio, por ejemplo, en orden a la policía de la conservación, a la recuperación directa, etc.

2.º Cuando se trata de prestación de servicios, dejando aparte el que sea la Diputación la que perciba las tasas si se presta directamente, ¿quién podría concederla? Insistimos nuevamente en que la cooperación no es absorción. Que si bien es lógico que la Diputación perciba los

(30) Deslindar hoy día la competencia estatal y local es tarea difícil. Frente a nuestras leyes anteriores sobre régimen local en que se utilizaba la terminología de «exclusiva competencia municipal», hoy hay que hablar más bien de competencias compartidas, concurrentes, etc. El Municipio puede hacer todo lo que le permite la Ley—la que prácticamente contiene una cláusula general—; hasta aquí llega su capacidad; pero lo que importa subrayar es que está sometido a las mismas normas que cualquier administrado, salvo excepciones. Quiero decir, que tiene que someterse a la tutela *ratione materiae* de cada Departamento ministerial. La clásica distinción entre funciones propias y delegadas deja de tener sentido por sus difíciles límites. Esta complejidad se manifiesta también en orden a los bienes y obras: ¿qué obras son municipales? Hay una definición a efectos de la imposición de contribuciones especiales (art. 452 de la Ley) muy amplia (incluye las que se refieren directamente al cumplimiento de fines municipales, las «delegadas», las auxiliadas por el Municipio). Pero en general cuando hay cooperación cabe siempre hacerse esta pregunta: ¿quién ayuda a quién? Vid. ROERHSSEN DI CAMMERATA: *I Lavori pubblici*, 1956, pág. 69 y siguientes; *Publicación del Centro Studi amm. della Provincia di Como, Le Opere pubbliche degli enti locali*, 1958.

ingresos necesarios y suficientes para reintegrarse del costo de la obra que ha financiado, también lo es que los Municipios deben ser los rectores de sus propios servicios. Por lo tanto, son ellos los que pueden otorgar una concesión de servicios públicos. En este caso, si la concesión es onerosa, también la tasa que pague el concesionario sería percibida por la Provincia. Naturalmente que se trataría en su mayoría de concesiones de ejercicio, pues las obras están ya construídas por el sistema de cooperación.

Cuando la concesión es pura—es decir, envuelve las dos fases, de construcción de la obra y posterior explotación del servicio—, no surge la figura de la cooperación, al menos normalmente, ya que en este caso es el concesionario el que construye y después a través de las tarifas se reintegra de la inversión, no sólo amortizándola, sino con un margen de ganancia: en esto consiste precisamente su propio negocio.

La fórmula de Caja de Cooperación provincial no varía de lo dicho anteriormente. Nada se dice, sin embargo, sobre la personalidad jurídica de la misma. Da la impresión de que tienen propia e independiente personalidad separada de la Provincia. Las normas reglamentarias que rigen algunas de ellas prevén la posibilidad de que sea ella la que ejerce y explote servicios municipalizados. Esta fórmula es curiosa. Un servicio municipalizado y explotado directamente por la Caja significa que la cooperación llega a su máximo punto. En realidad, la Caja es una institución de crédito municipal; se nutre con fondos procedentes de la Provincia, de los Municipios, de los rendimientos que producen las explotaciones de servicios y la utilización de obras; en fin, es un sistema típicamente cooperativo, con esta característica: que no se trata de una Corporación, sino de una Fundación pública directa (prevista en el Reglamento de servicios), pero en la que los beneficiarios son a la vez financiadores—o pueden serlo—a través de las cantidades que anualmente se consignan en los presupuestos municipales para atenciones de la misma.

La actuación de la Caja puede revestir modalidades distintas:

a) O construir ella totalmente las obras e incluso explotar servicios municipalizados o provincializados, previo, naturalmente, el procedimiento legal requerido al efecto.

b) O prestar ayuda a los Municipios a través de convenios particulares y concretos, bien a Municipios aislados, bien reunidos.

Si se nos permitiera una comparación—*servata distantia*—diríamos que actúa de forma un tanto similar a como lo hacen algunas organizaciones internacionales que, además de actuar a través de recomendaciones, «facilitan» la firma de convenios entre los miembros, es decir, que una vez adquirido el *status* de miembro de la organización—en este caso el de beneficiario—, se puede celebrar un convenio concreto sobre materias determinadas (31).

¿A quién corresponde la titularidad de los bienes demaniales nacidos al amparo de las ayudas y cooperaciones por el sistema de Caja? No a la propia Caja, a pesar de su personalidad. Ocurre algo parecido que con las Mancomunidades y Agrupaciones; los bienes demaniales que construyen—por ejemplo, calles—, no les pertenecen, sino que son parte integrante del demanio de cada entidad mancomunada. También aquí se da el supuesto de cotitularidad, entre dos o más entes públicos. La Caja es un ente financiador que sirve de aglutinante para realizar prácticamente la cooperación.

b) *Cooperación estatal*.—El Estado no abdicó nunca de sus ayudas a las entidades locales. Estas eran fragmentarias en materias determinadas; así, por ejemplo, las otorgadas a través de la Dirección General de Obras Hidráulicas, Minas, antigua de Regiones Devastadas, Sanidad (Centros maternos, Casas del Médico), Carreteras, Turismo, etc. Todas las obras construídas o realizadas a través de estas cooperaciones plantean idénticos problemas a los tratados anteriormente: quién es el sujeto titular; quién puede ejercitar las medidas precisas para su conservación, entretenimiento, recuperación y policía en general. Pero este sistema desarticulado ha sido sustituido—aunque subsistan las ayudas particularizadas en determinados sectores—por la canalización de las colaboraciones estatales o entes paraestatales. Para ello se ha utilizado las Comisiones provinciales de servicios técnicos, nacidas como órganos

(31) La actuación de estas organizaciones en efecto se lleva a cabo a través de recomendaciones o convenios. Vid. MALINTOPPI: *Le Raccomandazioni internazionali*, 1958.

GALLEGO BURIN afirma que como la Diputación es una agrupación formada de Municipios puede cobrar las tasas por servicios. No estimamos acertada esta solución. Existen todos los problemas que se mencionan en el texto. Vid. *Servicios de las Entidades Locales*, 1952, págs. 229 y ss. En relación con las cargas que pesaban sobre los Municipios Vid. PAREDES MARCOS: *La Hacienda en el Municipio rural español*, 1949.

del ente territorial Provincia, y que han pasado a ser gestores o al menos directores de los denominados Planes provinciales. Desarrollando la Ley de Presupuesto de 1958-59, el Decreto de 13 de febrero de 1958 regula esta materia. Tales Comisiones—que carecen de personalidad reconocida expresamente, aunque en la realidad actúan en el mundo del derecho celebrando contratos—administran los fondos asignados al aprobarse cada Plan provincial. Las obras han de ser de carácter «eminentemente» local o provincial. Las dificultades sobre lo que son obras locales, ya se ha puesto de manifiesto.

Esta cooperación produce desviaciones en orden a los contratos. Pueden ser celebrados por las propias Comisiones con arreglo al Cap. V de la Ley de Contabilidad reformado por Ley de 20 de diciembre de 1952. Otras veces, dada su importancia técnica o económica, se celebran por los propios Departamentos (Orden de 29 de marzo de 1958). Otras, en fin, por las propias Corporaciones locales (Orden de 21 de julio de 1958), pero con la característica de que se sujetan para ello a las normas de la Ley de Régimen local. Esto tiene su importancia, ya que las normas que regulan la contratación estatal son distintas de las locales (32).

Esta cooperación a través de Planes provinciales aprobados por la Comisión delegada de Asuntos económicos o la de Asuntos sociales, es compatible con la cooperación provincial anteriormente examinada, es más, ésta tiene el carácter de suplementaria con el fin de suplir los vacíos de los Planes estatales.

Como puede comprenderse fácilmente, pueden darse ambas cooperaciones simultáneamente. Una obra puede estar costeada por el Municipio, la Provincia y el Estado—a través de la Comisión provincial que canaliza aportaciones de varios Ministerios—; ¿tiene ello importancia en orden a la naturaleza de la titularidad y de la afectación demanial? Evidentemente que sí. Caemos de nuevo en la figura de la «cotitularidad», aunque la realización práctica de las facultades que de ella dimanar se concrete en las Comisiones provinciales. Lo cierto es que el Mu-

(32) Esta diferencia lo es en cuanto a formas de contratación, ya que en la esfera local existe el concurso-subasta; en cuanto a efectos y sanciones. No, por supuesto, en cuanto a la opinión muy extendida de que el Reglamento de contratación local ha unificado todos los tipos contractuales. Esto es posible que haya sido el pensamiento de quienes han intervenido en su confección, pero no resiste la más leve crítica, como hemos mantenido en nuestro artículo, *Principios generales sobre los contratos de la Administración*, «Rev. de Estudios de la Vida Local», número 87.

nicipio es el que ha de soportar la intervención, quizá excesiva, de los aportantes: el axioma de que «el que paga manda» tiene un realismo impresionante en la Administración pública.

Si del campo de las obras nos trasladamos al de los servicios—en el momento de su prestación—, surgirán los mismos problemas anteriores. ¿Quién podrá otorgar una concesión de servicios—de ejercicio por supuesto—? En todos estos casos, aunque la titularidad se difumine entre varios, no deja ello de tener un sentido provisional y transitorio, ya que una vez que los aportantes han sido reintegrados—si hay lugar a ello—, la titularidad se consolida en el Municipio beneficiario. La tutela de la Comisión provincial no puede ser perpetua.

c) *Cooperación particular.*—No pretendemos—sería excesivo—llevar a cabo un estudio exhaustivo de nuestro Derecho positivo. Nos bastará con traer a colación algunos ejemplos relevantes.

Ya dijimos que los particulares pueden tener sus bienes afectados a fines públicos, pero ello era o por mandato legal o por contrato privado, sin que tales bienes perdieran su naturaleza privada.

Escojamos la materia de construcción del edificio escolar (escuela y casa para el maestro). Los particulares pueden colaborar con el Estado en esta política. Para ello se utilizan técnicas de fomento—no de policía—. Pero lo primero que hay que determinar es saber quién ayuda a quién, es decir, quién es el que aporta. No siempre es fácil, porque incluso los porcentajes de cooperación pueden ser iguales (50 por 100). A tal fin existen en España dos normas, una legal y otra reglamentaria, que regulan la materia. La Ley de 22 de diciembre de 1953 trató de estimular a toda costa la construcción de edificios escolares con el fin de terminar o aminorar al menos su déficit en relación con la población escolar. Para ello, las Juntas Provinciales de construcciones escolares intervienen con aportaciones. Los particulares pueden construirlos—con o sin aportación de las Juntas—gozando de exenciones de impuestos. Nada dice la Ley sobre la propiedad del edificio; sin embargo, se deduce del art. 19 que en todo momento le pertenece al particular: dispone, en efecto, que «si por cualquier circunstancia, que no fuera caso fortuito o fuerza mayor, y antes de transcurrir el plazo de veinte años, el edificio construido dejase de cumplir sus fines docentes, quedarán obligados los promotores de la construcción al reintegro total de las cantidades recibidas en concepto de subvención para la edificación y del

importe de los beneficios fiscales a que se refiere el párrafo anterior (toda clase de impuestos que graven la adquisición de solares y actos que se otorguen para la construcción), reservándose el Estado, además, el derecho de tanteo sobre los inmuebles. Se entenderá constituida hipoteca legal a favor del Estado». Se deduce que el particular está vinculado a mantener la afectación, pero esta vinculación es una «carga», no una «obligación», ya que la sanción es bien clara.

El art. 24 de la Ley establece que la propiedad será del Estado cuando lo haya construido él en su totalidad o con «aportaciones de Corporaciones o entidades, y de éstas si la subvención es estatal».

¿Qué quiere decir Corporaciones o entidades? Desde luego, se refiere a personas jurídicas, no a físicas. Ahora bien, ¿incluye a las de Derecho privado? Una sociedad mercantil, por ejemplo, ¿está incluida?

Si se contesta afirmativamente habrá que atender a este dato tan relativo como es el de determinar quién es el ayudado y quién el que ayuda. Y cuando las aportaciones son del 50 por 100, ¿habrá que atender a la iniciativa para determinar quién es el que ostenta la titularidad? De todas formas, si ésta pertenece a la entidad privada, puede hacer uso del art. 19, es decir, desafectar, si bien con las cargas siguientes: devolución de beneficios—directos e indirectos; tanteo a favor del Estado—a ejercitar administrativamente sin necesidad de que se tenga que enajenar: basta que se desafecte para que entre en juego dicho derecho, que realmente no es de tanteo, sino de adquisición expropiatoria; hipoteca legal tácita a su favor.

Estas normas se aplican cuando la construcción se realiza por particulares de forma exclusiva. La Orden de 23 de julio de 1955, sin embargo, ha venido a modificar la clara disposición legal. Después de enumerar las distintas formas de construcciones escolares, establece que los edificios—construidos totalmente por particulares—quedarán afectos al servicio de la enseñanza oficial, «sin que puedan destinarse a otro fin sin la *previa autorización* del Ministerio de Educación Nacional cuando hubiera recibido para la construcción o sostenimiento subvenciones de organismos públicos». Esta autorización no está prevista en la Ley, la cual, al sancionar con la devolución de beneficios al particular que desafecta, reconoce implícitamente que puede hacerlo sometido como se dijo a una carga, pero no a una obligación de previa obtención

de autorización. De todas formas, la idea de afectación—y es lo que interesa resaltar—predomina sobre la de titularidad.

La política de fomento en orden a estas construcciones se manifiesta últimamente en un Decreto de 5 de febrero de 1959. Dispone que los particulares que colaboren con el Estado en esta finalidad (entendiendo por edificio escolar la escuela y la vivienda para el maestro), gozarán del derecho de presentación del maestro, de mantener a perpetuidad la escuela su nombre, de que la cantidad aportada sea considerada gasto deducible en la contribución general sobre la renta. La propiedad de tales edificios es del Estado—es más, la misma medida de fomento se otorga para las cesiones de edificios ya construídos—.

Como puede verse, no existe una norma única que establezca con claridad a quién pertenece la titularidad. Pueden surgir problemas de difícil solución. También aquí en muchos casos cabría hablar de cotitularidad, pero con una especialidad y es que la parte ideal correspondiente al Estado—o a la Junta de construcción escolar—sería demanial, mientras que la otra no, a no ser que, desfigurando totalmente la idea del dominio público, se llegase a admitir que está presidido únicamente por la idea de afectación y, consiguientemente, puede estar en manos de particulares. A mi juicio esto es excesivo, al menos en el momento presente.

QUINTO CASO.—*Regímenes especiales.*

Por la importancia que revisten determinados casos, vale la pena de tratarlos con separación. Vamos a referirnos concretamente a las obras hidráulicas, construcciones escolares y de edificios para órganos judiciales.

a) *Obras hidráulicas.*—Conviene distinguir a su vez entre la construcción de pantanos y embalses y las obras de abastecimiento de aguas.

Los pantanos y embalses tienen hoy día en España una importancia extraordinaria. La Ley que sigue regulando su construcción es la de 7 de julio de 1911, promulgada para las obras de riego—únicas que en aquel entonces tenían verdadera importancia y que demuestran la vetustez de nuestra Ley de aguas—, y que sirve de pauta para las grandes obras de embalse. Nos interesa destacar que, según ella, se distinguen tres clases de regímenes:

1.^a *Obras ejecutadas por el Estado con auxilio de los Municipios interesados o de las personas interesadas en ello (Comunidades de regantes, por ejemplo).*

Dichas obras pasan a propiedad «exclusiva» de los interesados o de las Comunidades respectivas una vez que hayan hecho efectivas las ayudas. Esta dicción, sin embargo, no aclara mucho la idea que presidió el proyecto. A continuación se dice que se expedirá a su favor «título de concesión a perpetuidad». Esto pugna un tanto con lo anterior, porque las posiciones del propietario y del concesionario son distintas. Verdad es que hoy día la propiedad, a veces, llega a estar tan limitada, que prácticamente el dueño es un concesionario; y, viceversa, a veces un concesionario goza de tan amplias facultades que suele llamarse propietario (minas). Lo cierto es que el Estado se reserva una potente intervención técnica que le autoriza a proveer a la conservación y explotación. Los productos de ésta los percibirán aquéllos si cumplen con las condiciones; pero si no, el Estado explotará y recaudará «como si fuera de su exclusiva propiedad», bien directamente o indirectamente a través de arrendatarios, hasta reintegrarse. Como puede verse, la redacción y terminología de la Ley no es muy feliz. Lo que existe es la anómala figura de la cotitularidad mixta—demanial y privada—, si bien la participación ideal del Estado es transitoria y provisional. Cuando el compromiso de auxilios se establece entre Estado y Comunidad de regantes, nada impide para configurar la hipótesis como cotitularidad demanial.

También se confunde aquí la «obra» y el «servicio». Este trabajo piensa fundamentalmente en aquélla. La obra se construye y el servicio se presta. Por ello, los problemas de demanialidad se refieren a la obra y no al servicio, el cual se encaja en la teoría general de las prestaciones administrativas.

2.^a *Obras ejecutadas por particulares o Comunidades de regantes, Municipios, etc., con ayuda estatal.*

Este caso es inverso del anterior. Aquí el que ayuda es el Estado. Estos anticipos deben ser devueltos en los plazos señalados, si no el Estado puede incautarse y explotar el pantano en su provecho, como si fuera de su propiedad, hasta que se reintegre.

Aquí la propiedad *ab initio* es del particular, si bien con la posible incautación que a modo de ficción puede equipararse a la propiedad.

Las fórmulas jurídicas que se pueden adoptar por los particulares para llevar a cabo estas construcciones son diversas: o una concesión de obras y servicios, o un contrato de obra pública simplemente. El caso contemplado piensa en el primer sistema. Por ejemplo, una sociedad que construye un pantano para riegos y para producir energía hidroeléctrica, con el fin de reintegrarse a través del cobro de las tarifas en el momento de su explotación. Aquí se diferencian claramente los dos momentos, el de la construcción y el de la explotación. Tienen diferente trato las concesiones y los contratos de obra (aunque las normas de éstos puedan aplicarse a aquéllas durante la fase de construcción de la obra); entre otras diferencias esenciales está la de que la revisión de precios —en la esfera estatal— no juega respecto de las concesiones (salvo alguna excepción), mientras que sí lo hace en los contratos (actualmente tampoco por estar suspendida la vigencia de la Ley reguladora).

En la práctica se han planteado problemas en relación con la titularidad de los pantanos y embalses (33).

3.^a *Obras costeadas exclusivamente por el Estado.*

Estas obras hoy día adquieren una gran relevancia, debido al vasto plan de regadíos estatales. La Ley de 24 de agosto de 1933 reformó el artículo 12 de la de 1911, dando un gran impulso a este tipo de cons-

(33) El Consejo de Estado en dictamen de 29 de noviembre de 1952 (número 110.941) sostuvo la tesis de que no había propiedad sobre las aguas públicas ni sobre los pantanos. Estos serían obras públicas gestionadas por particulares a base de concesiones. Esta tesis es inexacta a nuestro juicio. Porque no se trata de la propiedad de las aguas—las cuales, según dice la Ley, siguen siempre públicas, aun después de concedidas, dicción esta excesiva y que sirve sólo para indicar su carácter demanial, pero que no va en contra de considerar las aguas separadas como unidades en sí, de dominio privado en cuanto que son consumidas (al menos en muchos aprovechamientos) por los concesionarios. El concesionario de aguas públicas no es propietario de éstas en «totum», pero sí de las entidades físicas separadas y consumidas; esto es evidente. Ahora bien, en nuestro caso se trata del pantano. Dice el Consejo que el pantano es accesorio de las aguas, ¿y qué tiene eso que ver con la cuestión de su propiedad?—. Más adelante abordamos el problema de la titularidad de los bienes en manos de concesionarios; allí nos remitimos, bien advertido que estamos contemplando el caso de concesión de obras y servicios, no el contrato de obra en sí, pues en este caso, si se construye por el Estado entramos dentro del supuesto siguiente.

trucciones. Posteriormente se ha regulado la figura de la concesión de saltos de pie de presa (Decreto de 18 de junio de 1943), que engloba en sí un aspecto demanial y uno de servicio y que queda fuera de nuestro estudio.

Este tipo de obras no plantea problemas. Son demaniales desde el primer momento. Suelen construirse contractualmente. ¿En qué momento adquiere el Estado la titularidad? Basta aplicar la doctrina general sobre los contratos de obras—a tanto alzado o por el sistema de costo y costas—: el Estado adquiere el dominio—la titularidad—a medida que se va construyendo la obra. El constructor sólo acredita derecho al precio, pero ninguno tiene sobre la construcción. Es más, rescindido—resuelto realmente—el contrato, no puede esgrimir un derecho, ni a los materiales suministrados ni mucho menos a la obra terminada. Esto es claro y se deduce del pliego general de condiciones aprobado por Real Decreto de 13 de marzo de 1903 y del Código civil. ¿Puede siquiera pensarse que un contratista que incumple un contrato y que se resuelve por la Administración, tenga derecho a la obra? Existirían en este caso muy pocas carreteras demaniales, aparte de que el contratista, en cuanto viera la posibilidad de obtener ganancia debido a una devaluación monetaria, obligaría a la resolución incumpliendo sus obligaciones. Aunque este tipo contractual en que el contratista suministra materiales sea configurado como contrato complejo de venta y arrendamiento, es claro que el único derecho que tiene es a que se le pague la obra ejecutada según proyecto.

Problemas similares se presentan en orden a la construcción de las obras precisas para explotar un servicio de abastecimiento de aguas a poblaciones, cuando se utilice un sistema de ayudas.

Puede ocurrir que un Municipio provea con aguas propias, bien a título de dueño, bien como concesionario estatal, bien obtenidas en terrenos propios, bien adquiridas mediante expropiación. En estos casos, sólo existirá una intervención técnico-sanitaria por parte del Estado en relación con los proyectos, tarifas, etc. (34).

Pero como no todos los Municipios han podido hacer frente a los cuantiosos gastos que lleva consigo un abastecimiento de aguas, el Estado se vió obligado a otorgar ayudas, lo que vino regulándose por Decreto de 17 de mayo de 1940, 17 de marzo de 1950 y 1.º de febrero de 1952.

(34) Vid. GAY DE MONTELLA: *El servicio municipal de abastecimiento de aguas*, 1928.

Beneficiarios pueden ser solamente los Municipios solos o unidos. En este segundo caso, no precisa la constitución de una Mancomunidad o Agrupación, sino que ambos tendrían una cotitularidad sobre las obras en los términos que se expone más adelante (art. 5.º del Decreto últimamente citado). Las Provincias pueden sustituir a los Municipios (Decreto de 27 de mayo de 1949), naturalmente, previo acuerdo con éstos. He aquí una nueva interferencia administrativa. Todo ello producirá un impacto sobre los bienes. Los contratos son celebrados por el Estado (Dirección General de Obras Hidráulicas) que es quien puede ejercitar los derechos contractuales, y «una vez terminadas las obras serán entregadas al Municipio (o a la Provincia si hay sustitución), quedando todas ellas de propiedad de éste, así como de su cuenta y riesgo la explotación de las mismas, sin perjuicio de que por la Confederación o Servicio Hidráulico se le sigan prestando a expensas de aquél los auxilios de inspección técnica y asesoramiento, a los efectos de la conservación de las mismas, todo ello sin perjuicio de la obligatoriedad de la inspección cuando los caudales destinados al abastecimiento hayan sido objeto de concesión de aguas públicas».

Las características de esta figura son las siguientes:

1.ª El Municipio es titular desde que terminan las obras. El Estado, para garantizarse del reintegro de la aportación, no establece ninguna cortapisa a esta calificación, sino que recarga sobre las tarifas un canon dirigido a dicha finalidad.

2.ª El Municipio tiene que explotar directamente el servicio de abastecimiento de aguas, sin poder ceder (art. 1.º) a particulares. Es decir, que no puede concederse el ejercicio de dicha explotación. En cuanto a la forma jurídica de explotación, puede adoptarse cualquiera de las previstas en el Reglamento de servicios (sin órgano especial, con órgano especial de gestión, sociedad de único socio, fundación pública).

3.ª La intervención estatal—al menos en la letra del precepto—, lo es, o bien a título de concedente de las aguas públicas (lo que no hacía falta decir), o a título de inspección técnica superior, lo que también le corresponde sin necesidad de expresa mención.

El servicio de abastecimiento de aguas es típicamente municipal; esperemos que no se produzca un traslado forzoso a manos del Estado, como ha sucedido con la electricidad y el gas. No podemos olvidar, sin

embargo, que la propia Ley de Aguas hace intervenir al Ministerio de Obras Públicas en la reglamentación del servicio.

b) *Construcciones escolares*.—Tanto la Ley de 22 de diciembre de 1953 como la Orden de 23 de julio de 1955, enumeran entre las formas o sistemas de construcción, el de convenios especiales. Aquí entran en juego los contratos de compromiso de auxilios entre el Estado y otros entes públicos. Este tipo contractual es hoy muy utilizado. Veamos algunos ejemplos. El Decreto de 15 de junio de 1934 inicia esta política favorecedora en un sentido de gran amplitud. Al regular los convenios especiales, se establece una desviación contractual, ya que si bien las subastas pueden ser celebradas por las Corporaciones, sin embargo, la adjudicación definitiva es competencia del Ministerio. Esto sucede en otros casos similares, como es el aprovechamiento de espartos y maderas en ciertos casos. La conservación, sostenimiento y calefacción corría a cargo de los Municipios. Por negligencia municipal, el Estado podía construir escuelas exigiendo a los Municipios—para que hagan efectivas sus aportaciones—que establezcan los recargos que para esta finalidad permitía la Ley. No era el Estado directamente el que percibía tales recargos; frente al contribuyente estaba el Municipio; la relación jurídico-tributaria se instauraba con él. Se dictaron algunas leyes especiales, como, por ejemplo, la de 11 de febrero de 1934, otorgando subvenciones al Municipio de Valencia, y fueron surgiendo convenios especiales, de los cuales vamos a examinar algunos por su interés.

El Decreto de 26 de mayo de 1945 convalidó otros anteriores que aprobaban convenios especiales entre el Estado y determinados Municipios (Valencia, Barcelona, San Sebastián). La aportación de cada contratante era del 50 por 100—como subvención del Estado—, sin que nada se especificara sobre la titularidad de las construcciones. Cierto es que el art. 24 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 la otorga atendiendo a quién es el verdadero promotor y quién es el que subvenciona, pero el párrafo 2.º dice que en el caso de convenios especiales se estará a lo pactado. A partir de este momento los convenios suelen incluir una disposición sobre el particular. El Decreto de 18 de enero de 1957 aprueba un convenio entre el Estado y el Municipio de Elche, con subvención estatal del 50 por 100, con una intervención suya en la contratación que le lleva a ser el competente para adjudicar definitivamente el contrato de construcción, con aplicación del régimen contractual del Es-

tado (Ley de 20 de diciembre de 1952), y, sin embargo, con la declaración expresa de que la propiedad de los edificios será del Municipio exclusivamente, si bien no podrán destinarse a fines distintos de los de enseñanza primaria. He aquí nuevamente a la idea de afectación superior a la de titularidad. El Estado se conforma con esta vinculación absoluta. El Municipio, en cuanto titular demanial, podrá percibir las tasas de utilización excepcional, recuperar de oficio el bien, sancionar las perturbaciones que se produzcan sobre el bien—no sobre el servicio—. Incluso durante la fase contractual puede, a nuestro juicio, el Municipio hacer uso de sus facultades sancionadoras sobre el constructor. Pero queramos o no, lo que en realidad existe es una cotitularidad, ya que el Estado interviene en todo momento a través de medidas directas o indirectas, en la vigilancia del objeto. Este convenio sirve de tipo a todos los que existen, incluyendo Madrid a pesar de su régimen especial en orden a la enseñanza primaria (el Decreto de 18 de enero de 1957 modifica el anterior de 13 de marzo de 1953, conteniendo cláusulas similares al anterior).

Decíamos anteriormente que las Diputaciones provinciales (Provincias) podían subrogarse en lugar de los Municipios para la construcción de edificios escolares. Surge aquí una nueva figura: de una parte, el Convenio se celebra entre el Estado y la Provincia (así, por ejemplo, el aprobado por Decreto de 13 de julio de 1951 entre el Estado y la Diputación de Baleares); de otra, la Diputación ha de tener la conformidad municipal, para lo cual, o bien existe un nuevo convenio, o se crea un consorcio (35). Nada se dice en estos convenios en relación con la titularidad de las construcciones; ello vendrá regulado en las bases del consorcio o en los convenios entre Diputación y Municipio. En todo caso, volvemos a encontrarnos de nuevo con una cotitularidad, que en este caso puede ser de tres sujetos.

c) *Edificios y locales para Juzgados.*—Entre las cargas estatales que pesaban sobre los Municipios y fueron desgravadas están las de sostenimiento de Juzgados y Audiencia Provincial (Ley de 3 de diciembre de 1953 y Decreto de 18 de diciembre de 1953). Sin embargo, han

(35) El consorcio es una persona jurídica constituida por entidades públicas de distinto orden (art. 37 del Reglamento de servicios); son de destacar los forestales para la repoblación.

surgido algunos convenios especiales, que al ser libremente estipulados, tienen plena validez.

Concretamente interesa mencionar el aprobado por Decreto-Ley de 8 de marzo de 1957 entre el Estado y el Municipio de Barcelona para la instalación de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y Municipales de la capital. Es un típico compromiso de auxilios con aportación mayor por parte del Municipio, el cual a su vez entrega el solar. Pero la característica especial reside en que tanto el terreno como la construcción «quedarán de propiedad del Estado con la condición de que se destinen permanentemente al servicio de la Administración de Justicia», y en cualquier tiempo que se incumpliera esa obligación, revertiría el solar y el edificio al patrimonio municipal; la conservación es de cuenta del Estado.

De la interpretación que se dé a los anteriores artículos pueden surgir importantes cuestiones, por ejemplo, si todo incumplimiento, incluso por fuerza mayor, daría lugar al juego de la reversión; si realmente la propiedad ha pasado a manos estatales o si no es tal propiedad al estar sometida a condición tan radical. La verdad es que estos condicionamientos pueden existir, por ejemplo, en casos de herencias o legados atribuidos al Estado, con la «cláusula modal» (el *para que*) de afectación a un fin público, es decir, con el *modus* de su transformación en demanial. Esto es perfectamente lícito. Lo que sí es necesario es interpretar las palabras «Juzgados» en sentido amplio, es decir, órganos de satisfacción de pretensiones; la cláusula debe garantizar el ejercicio de la Administración de Justicia. En la práctica es posible que dé lugar a fricciones. Las controversias, si surgen, han de resolverse inicialmente en vía administrativa por un juego de inversión; quiero decir, que si el que reclama alguna cosa es el Estado, deberá dirigirse al Municipio, que en este concreto caso adopta una posición de supremacía especial, y al contrario deberá hacerse cuando sea éste el que reclame algo. Cierto que el convenio prevé que las dificultades se aclaren de mutuo acuerdo, pero esto no deja de ser un principio de recomendación y de buen deseo. Este doble juego de posiciones lo hemos estudiado en otro lugar (36).

(36) *Principios jurídicos de la organización administrativa*. 1957

SEXTO CASO.—*Coafectación.*

Entre varias cosas públicas puede haber contactos: imaginemos un cruce de dos carreteras, una estatal y otra provincial. El ejemplo más claro que encaja en el caso planteado en el de las «travesías»; es decir, aquellos trozos de carretera que por atravesar pueblos constituyen, al mismo tiempo, calles.

Fueron reguladas por una Ley de 11 de abril de 1849, dando a las mismas la consideración de servidumbre, siendo el Municipio el obligado, según los distintos casos, a satisfacer los gastos que ocasionen las obras.

La extensión de la travesía queda limitada a las calles de la localidad propiamente dicha y sus arrabales, si bien es el Gobierno, previa instrucción de expediente, el que debe fijar los límites, señalando su longitud, anchura, alineación y rasantes a que han de sujetarse los edificios.

La construcción y la conservación de la travesía exige aportaciones mixtas del Estado y el Municipio, o de la Provincia, si la carretera es provincial; en las grandes vías de comunicación transversal cooperan la Provincia y el Estado, y solamente éste si forma parte de una carretera general. También es el Gobierno el que fija las cuotas respectivas que deben aportar los Municipios, las cuales son incluidas como gastos obligatorios en los Presupuestos.

Forman parte integrante de la travesía, el firme o empedrado, las cunetas, las alcantarillas de desagüe, las aceras, los paseos laterales con los arbolados y parques accesorios, que pueden ampliarse o restringirse según las circunstancias topográficas.

La aportación municipal puede ser de prestación personal de los vecinos. El Decreto de 14 de julio de 1849 aprobó el Reglamento de travesías, regulando todo lo relativo a los expedientes sobre construcción, conservación y policía.

La política administrativa ha aconsejado en todo momento que las carreteras estatales o provinciales sean separadas e independizadas de los núcleos de población, para lo cual se promulgó la Ley de 7 de abril de 1952, sobre ordenación de edificaciones contiguas a las carreteras. Impone esta Ley, obligatoriamente, la construcción de calzadas laterales para el tráfico local en las travesías, aunque se pueda prescindir

dir en determinados casos de ellas. Prevé la existencia de obras a cargo del Estado (carretera y andenes de separación) y del Municipio (calzadas y aceras en el caso de que se construyan y accesos a la carretera).

Cabe señalar, por último, en esta materia, el art. 673 del texto refundido de la Ley de Régimen Local, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, que exime del canon que en concepto de conservación de travesías pagaban los Municipios (apartado 11).

¿Cómo puede construirse jurídicamente la figura de las travesías? Ya se ha dicho que la Ley de 1849 la configura como una servidumbre estatal que pesa sobre un bien municipal. El Estado sería el titular del derecho real de servidumbre, y el Municipio el dueño de la cosa. Esta calificación ofrece serias dificultades para ser aceptada. En primer lugar, porque el derecho real de servidumbre, de características privadas, no puede ser aplicado al dominio público, por lo que habría que admitir un derecho real de servidumbre de naturaleza administrativa, es decir, un derecho real parciario de naturaleza demanial.

Pero profundizando en el examen de esta figura se llega a la convicción de que el Estado tiene algo más que un derecho sobre cosa ajena. Es él el que fija la extensión de la travesía, las características, el alcance, la cuota de participación, en fin, es quien dirige prácticamente todo su régimen jurídico.

Estado y Municipio tienen competencias concurrentes. Imaginemos, por ejemplo, que un propietario de una casa situada en la travesía, quiere realizar obras de modificación, abrir una ventana, etc.; para ello deberá obtener una doble autorización, estatal y municipal, cada una de las cuales tiende a finalidades distintas, sin que, en este concreto caso, pueda hablarse de un expediente único, a tenor de la Ley de Procedimiento administrativo.

Por ello, a nuestro juicio, se produce un supuesto de cotitularidad y coafectación, por cuanto la travesía está afectada simultáneamente a fines estatales y locales.

SÉPTIMO CASO.—*Afectación y concesión de servicios públicos.*

Es éste un caso en el que la idea de afectación adquiere unos caracteres relevantes, y ello ha hecho que la mayor parte de la doctrina que se ha preocupado de estos problemas, considere que los bienes que los

concesionarios tienen afectos a los servicios públicos que explotan en virtud de dicha concesión, son bienes de dominio público.

Para ello, lógicamente, se pueden adoptar dos posturas:

a) O estimar que el titular de los mismos es el ente público concedente, teniendo el concesionario un derecho de uso,

b) O estimar que los concesionarios puedan ser titulares de bienes demaniales.

Ambas posturas, por tratar de explicar un fenómeno irreal, conducen a resultados poco satisfactorios.

Examinando detenidamente—en este concreto aspecto—la concesión de servicio público, por ejemplo, la del servicio telefónico, la de los servicios de transportes regulares por carretera, por mar (por ejemplo, la concesión de la Transmediterránea), por aire (por ejemplo, de la Iberia) (37), de ferrocarriles, etc., caben destacar las siguientes fases:

1.^a El concesionario, una vez obtenida la concesión, es decir, teniendo en su poder el título legitimador para la lícita explotación de una empresa mercantil (38), debe montar la propia empresa—estamos examinando el supuesto de la concesión pura o de aquella otra en la que, aunque no existan inmovilizaciones, el concesionario debe realizar dicho montaje.

2.^a Una vez montada la empresa—o adquirida posiblemente de un anterior concesionario decaído—, «afecta» unos bienes determinados a la explotación del servicio. Estos quedan vinculados, en cierto modo, a dicha explotación y, consiguientemente, a una vigilancia constante del concedente, que no puede permitir que sean retirados por voluntad unilateral del concesionario, ya que podría conducir a un perjuicio para los usuarios.

3.^a Por esta razón, es normal que la cesión, no sólo de la concesión, sino de los bienes concretos, requiera previa autorización.

4.^a También existen desviaciones en orden a los embargos que pueden efectuarse sobre los mismos. El art. 1.448 de la Ley Procesal civil,

(37) La compañía AVIACO empezó explotando un servicio irregular de taxímetros al amparo del D. de 14 de junio de 1946, si bien posteriormente ha sido transformado en regular.

(38) Sobre la doble faceta de concesionario y empresario Vid. mi artículo *Desintegración de la empresa y reversión de concesiones*, en la «Rev. de Derecho mercantil», núm. 57, 1955, págs. 201 y ss.

el 82 del Estatuto de Recaudación y el 190 del Código de Comercio, establecen un régimen especial de inembargabilidad para los bienes afectos a ciertos servicios públicos, que podemos extender con caracteres de generalidad a todas las concesiones de servicios públicos no previstas por los mismos.

Naturalmente que si se llevase a sus últimas consecuencias el privilegio de inembargabilidad, podría darse el caso de que los acreedores de un concesionario no pudieran hacer efectivos sus créditos ante la inercia de aquél y ante la imposibilidad de hacer traba en los bienes afectos a la concesión. Para obviar esto hay que arbitrar algún medio, entre los que caben los siguientes:

a) Embargar la concesión como un todo. En este caso, lógicamente, se embarga la concesión en su contenido económico, es decir, la empresa o subempresa concesional.

b) Pero, en ocasiones, se prohíbe, incluso, el embargo de la concesión. Esto sucede en las de transporte regular por carretera y en las carreteras de peaje (39). El único modo, en estos casos, de que los acreedores puedan hacerse pago es el de la constitución de una Comisión transitoria de incautación.

c) Queda a salvo, naturalmente, la provocación, cuando proceda, según la Ley, de la declaración del estado de quiebra del concesionario, quiebra que conducirá a la caducidad de la concesión, o, si esto no procediera, al rescate o la enajenación como un todo.

Como puede comprenderse, los problemas son de gran complejidad y no hacemos más que mencionarlos, pues no se dirige este estudio a tales materias de manera directa.

Incluso la inscripción de concesiones en el Registro de la Propiedad —que terminológicamente ofrece también serios reparos, ya que menciona expresamente las de aguas, minas y obras públicas, palabras estas últimas que deben incluir todas las concesiones con substratum material—, distingue la de los bienes afectos a la concesión y la de los demás bienes de la empresa, pero no afectados directamente a la misma.

El argumento que se utiliza para calificar de demaniales a estos bienes por su régimen especial, tiene su fundamento en el art. 7.º de la

(39) Art. 27 de la L. de 27 de diciembre de 1947; art. 13 de la L. de 26 de febrero de 1953.

Ley de Ferrocarriles de ancho normal, que declara de dominio público las líneas de servicios generales.

Lo primero que hay que interpretar es la significación de la palabra «líneas». En efecto, por ellas hay que entender el trazado ideal de una comunicación terrestre, marítima o aérea. Esto se confirma al contemplar las «líneas aéreas», que nada tienen que ver con los elementos materiales de explotación de la empresa.

Aparte de esta consideración esencial, hay otras muchas razones que abonan nuestro punto de vista de que los bienes afectos a concesiones de servicios públicos—y a mayor abundamiento a concesiones demaniales—, son propiedad privada de los concesionarios cuando éstos son personas físicas o jurídico-privadas. Cierta desviación puede darse cuando el concesionario es, a su vez, un ente público, porque en este caso, efectivamente, convergen la titularidad y la afectación. Estas razones son las siguientes:

1.^a Durante el plazo de concesión existe un régimen transitorio, con el fin de conservar los bienes en buen estado en el momento de la reversión.

2.^a En toda concesión cabe distinguir las obras y bienes afectos por el concesionario y que revierten a la Administración, y aquellas otras cuyo goce se le entrega y que tienen por titular el ente público.

3.^a En los casos de caducidad y de rescate, el concesionario tiene derecho al abono de una cantidad, según los años que faltan para la reversión.

4.^a En el rescate de los ferrocarriles españoles de ancho normal, llevado a cabo en 1941, se dice expresamente que «se adelanta la fecha de consolidación de la plena propiedad», de los bienes afectos, tales como vehículos, estaciones, vías, etc.

5.^a El propio art. 23 de la Ley general de Ferrocarriles dispone que a los noventa y nueve años «adquiere el Estado la línea con todas sus dependencias, entrando en pleno goce de la explotación».

6.^a Importancia especial tiene el examen de la concesión del servicio telefónico otorgada—prorrogando la anterior—por Decreto de 31 de octubre de 1946.

En la base 9.^a se dispone que «los bienes no afectos a la concesión se pueden transferir previa autorización del delegado del Gobierno».

Podría interpretarse a *sensu contrario* que los demás bienes eran de

dominio público y no podían transferirse de ninguna forma. Sin embargo, no sería cierta dicha interpretación, por dos razones:

a) Porque el delegado del Gobierno en la Compañía no puede autorizar por sí mismo la desafectación de un bien, sino que ello corresponde, en todo caso, a la Administración concedente, a través de órganos superiores.

b) Porque en la base 23 se establece una cláusula de rescate a término al disponer que «después de treinta años... se podrá incautar el Estado...». No se trata de reversión automática, sino de rescate a término.

Con lo dicho queda de manifiesto que se trata de bienes privados, cuya propiedad corresponde al concesionario, sin posible reversión automática.

7.^a El art. 7.^o, que sirve de fundamento a la errónea opinión de la demanialidad de esta clase de bienes, se refiere solamente a los ferrocarriles de ancho normal, hoy día en manos de una fundación pública directa, como es la R. E. N. F. E.; quedan fuera, sin embargo, los ferrocarriles secundarios de vía estrecha, que continúan, muchos de ellos, en poder de concesionarios.

La situación económica de gran parte de Compañías explotadoras era—y sigue siendo—deficitaria, habiendo tenido el Estado—por diversas disposiciones—que acudir en su ayuda, bien con ayudas directas, bien autorizando al levantamiento y enajenación de vías, reducción de servicios, revisión de tarifas, incluso por imprevisión, etc. (Ley de 21 de abril de 1949).

La Ley de 17 de julio de 1953, que vino a reforzar tales ayudas, estableció que el Estado podría cooperar a la adquisición de material para el utillaje de muchas explotaciones de esta índole, y el art. 6.^o establece que «el material adquirido por el Estado será adscrito a un ferrocarril, pero su propiedad no pasará a manos del concesionario hasta la amortización y reintegro de su valor».

Claramente se ve que el Estado, que adquiere en nombre propio material para los ferrocarriles secundarios, y que lo adscribe a la explotación, es decir, lo afecta a una concesión concreta, es propietario hasta el momento en que se amortiza y reintegra su valor, momento en el cual pasa a ser propiedad del concesionario.

Por este camino inverso se demuestra que la opinión de la demanialidad de los bienes afectos a concesión de servicios públicos es insostenible, al menos en términos generales.

Podrá hablarse de propiedad «revocable» (como lo es hoy día toda propiedad ante una amenaza expropiatoria) (40) y podrá hablarse también de una cotitularidad en la que la participación ideal de la Administración sería demanial y no así la del concesionario. Por último, puede construirse la figura como bienes privados sometidos a una vinculación—y en muchos casos a un derecho de uso público, por ejemplo, las estaciones ferroviarias—producida por la idea de afectación, que también aquí adquiere unos caracteres de tal naturaleza que la hacen sobreponerse a la propia idea de titularidad (41).

(40) La diferencia entre expropiación y renovación reside en esto: la primera actúa cuando no existe una relación especial de poder o supremacía especial, la segunda cuando existe. Puede expropiarse una finca de un ciudadano por el simple hecho de que está localizada en un sitio preciso para que por él pase una carretera; puede revocarse un acto administrativo que concede un servicio público o una parcela de zona marítima. Distinta de la revocación a su vez es el rescate, el cual actúa al margen de intereses públicos exclusivamente; puede hacerse por móviles fiscales y económicos. Ahora bien, en la práctica todo coincide en una privación singular de derechos. Es más, en los casos de rescate y revocación debería seguirse el mismo procedimiento expropiatorio de justiprecio y ello por las siguientes razones:

- a) existe un jurado especializado en ello,
- b) la Ley de expropiación habla de valoración de concesiones, con lo que admite que las relaciones especiales de poder caigan en su órbita.
- c) hoy día para el rescate—e incluso para la expropiación—en orden a la municipalización o provincialización, existe un procedimiento con menos garantías técnicas, ya que es el propio Ministerio el que hace la valoración. Sería mucho más lógico y justo unificar todo lo relativo a estas privaciones de derechos, que, llámense expropiaciones, rescates o revocaciones, convergen en la misma finalidad y en la misma idea y espíritu.

(41) Nuestra postura es aplicable a lo que anteriormente se dijo sobre los pantanos y embalses en manos de concesionarios. No importa que los bienes hayan sido adquiridos por expropiación, siempre, claro está, que el beneficiario de la expropiación haya sido el concesionario y no se trate de bienes cuyo goce se la ha transmitido solamente en los términos precisados.

Un punto importante queda por mencionar. Las sociedades de único socio municipales, provinciales o estatales. ¿Qué naturaleza tienen los bienes afectos a los servicios públicos que explotan? No pueden entrar entre los «concesionarios», pues es una forma de gestión «directa», aunque esta terminología no sea exacta, pues, como ha puesto de relieve CLAVERO ARÉVALO, se explota a través de personas jurídicas distintas. De todas formas, no se trata de explotación por concesión. Por lo tanto no parece aplicable el criterio anterior de que los bienes fueran privados, a pesar de que son en efecto de personas jurídico-privadas (sociedades). En estrictos términos, tales

CONCLUSION

En otra ocasión hemos estudiado la intervención estatal en la esfera local, a través del elemento personal, es decir, de los funcionarios de Cuerpos nacionales. En este estudio hemos querido hacer un examen de esta intervención a través del elemento material, es decir, de los bienes. Hemos puesto de manifiesto cómo la idea de una separación absoluta de competencias entre el Estado y los entes locales ha sido superada, sin que entremos en este momento en la valoración de si esto debe mantenerse o suprimirse. Hoy día no puede hablarse de competencias exclusivas y excluyentes entre las distintas ruedas administrativas. Siempre existen intervenciones estatales, cuando menos en los aspectos técnicos de los problemas. La colaboración en materia económica y financiera a través de los sistemas de ayuda, hace que la intervención sea cada vez mayor, y hemos querido poner de manifiesto cómo ello tiene una decisiva influencia en relación con la titularidad de los bienes demaniales.

Podemos afirmar que hoy día más que hablar de dominio público, hay que hacerlo de «condominio público»; más que de titularidad demanial, de «cotitularidad demanial».

Estos dos aspectos examinados, el personal y el material, servirán de base para un futuro estudio de conjunto en relación con la colaboración entre el Estado y las entidades locales.

bienes tendrían las vinculaciones propias de la afectación a servicios públicos, pero como vemos esto no actúa sobre su titularidad. En cuanto personas privadas, serían bienes privados. No obstante, y en aras de la realidad, hay que convenir que los bienes afectos—sólo éstos—tienen aquí unas características especiales. Hasta cierto punto tal sociedad es el medio fiduciario de actuar un ente público. En este sentido habría demanialidad por converger la titularidad y la afectación, aquella en manos del ente-madre.

Esto es inaplicable en los casos de sociedad mixta, porque aquí, aunque se habla de forma de gestión, es más bien una forma de organizar el empresario, el cual podrá ser después concesionario. La Compañía Telefónica es mixta—en cuanto empresario—, pero es al mismo tiempo concesionaria.

