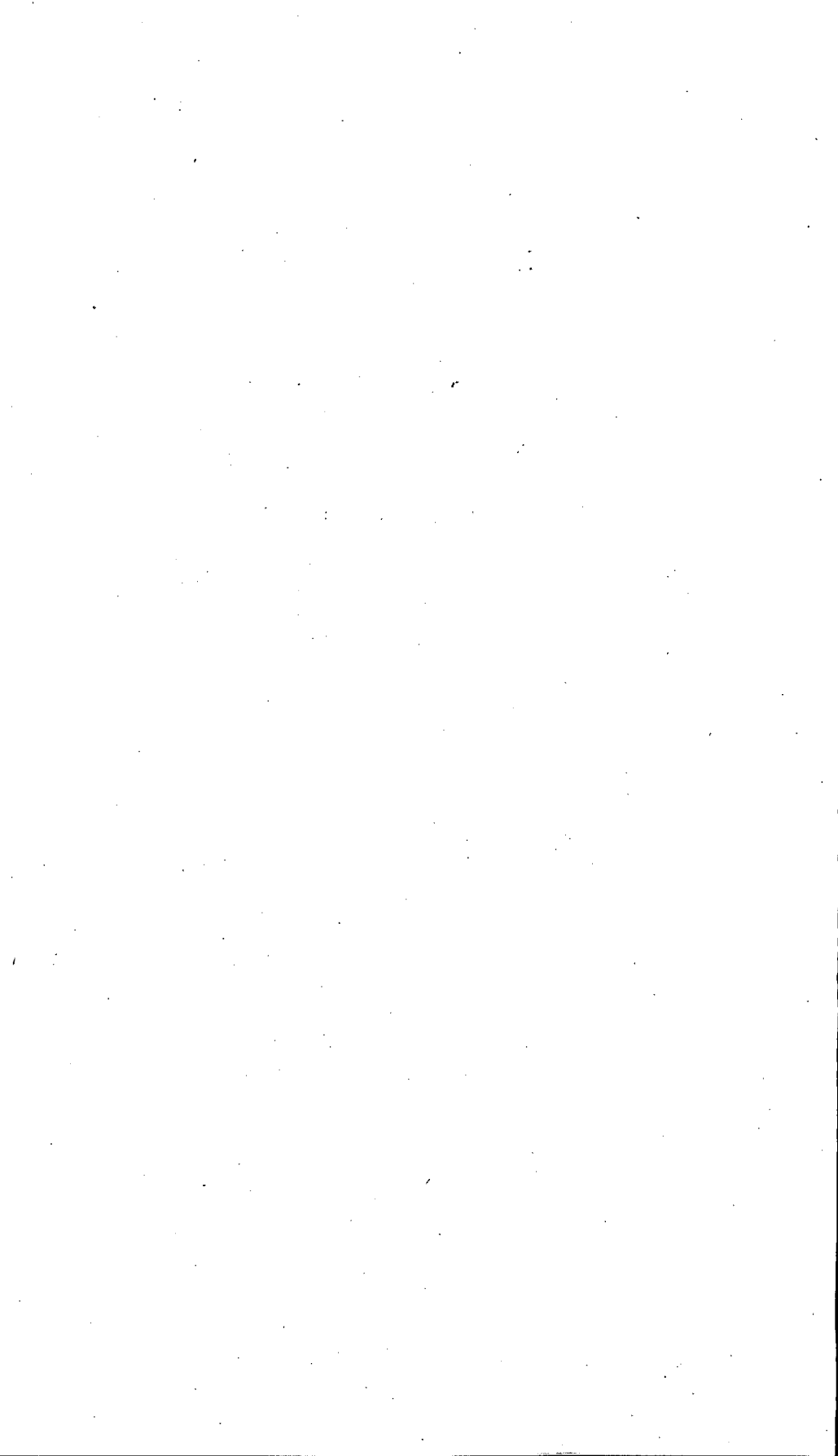


JURISPRUDENCIA



I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LAS CONCESIONES DE DOMINIO PUBLICO A TITULO DE PRECARIO

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. EVOLUCIÓN HASTA EL DECRETO DE 10 DE OCTUBRE DE 1952. a) *Regulación legal*. b) *Doctrina del Tribunal Supremo*. c) *Doctrina del Consejo de Estado*. d) *El Decreto de 10 de octubre de 1952*. e) *Aspecto económico del problema: el Decreto de 13 de mayo de 1954*.—III. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. a) *Reiteración de la Doctrina del Tribunal Supremo*. b) *Examen y crítica*.

I.—PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Las raíces del tema motivo de este comentario penetran en ámbitos que desde luego renunciamos a explorar por el momento. Saber si el dominio público puede o no puede ser objeto de derecho real, si concretamente puede ser gravado por servidumbres idénticas o similares a las privadas, o al contrario hay que estructurar en otro sentido los derechos que por analogía llevaban a esa primera equiparación, es algo que ha sido y sigue siendo objeto de controversia de alto rango científico, en la que todo ha sido dicho por ambas partes para concluir en el término medio, poniendo en circulación la expresión de Derecho Real Administrativo (1). Nos toca ahora examinar, en un plano mucho más modesto, un trasunto práctico de dicho problema, y tampoco ello con total originalidad, pues toda la primera parte de este comentario había sido llevada ya a cabo por pluma más autorizada que la nuestra (2). Hay, sin embargo, dos aspectos de la cuestión que por más modernos han estado fuera del alcance de los comentaristas; uno de ellos, la promulgación de una norma legal que ve-

(1) Vid. sobre esta cuestión, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los Derechos Reales Administrativos*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», marzo-abril, 1957, págs. 145-183, y la bibliografía allí citada.

(2) E. MARTÍNEZ USEROS, *Improcedencia de Servidumbres sobre el Dominio Público*, en «Estudios Dedicados al profesor García Oviedo», T. I, págs. 137-176. Sobre el tema, vid. también Cirilo MARTÍN-RETORTILLO, *Algo sobre el precario administrativo municipal*, Sevilla, 1856, 141 págs.

nía a resolver el único punto discutible, y también el único asidero de una doctrina jurisprudencial tan reiterada como mal fundada y desautorizada —por el Consejo de Estado primero, por propia legislación después—; y paralelamente, una curiosa insistencia del más alto Tribunal en afirmar su teoría, a despecho de textos legales y razones científicas, violentando ostensiblemente el espíritu y la letra misma de una norma dictada con la única finalidad, podría decirse, de hacerle rectificar sus decisiones sobre este problema.

El tema, en concreto, es sencillo. Para la prestación de un servicio público de indudable interés, como es el telefónico —al que puede equipararse, como hace algún texto legal, el telegráfico—, es imprescindible el establecimiento de postes y soportes de los cables, a lo largo de todas y cada una de las líneas. Es decir, que han de constituirse tantas servidumbres de paso o cruce aéreo como predios atraviese la línea a instalar.

Mientras el predio sirviente sea de dominio privado, el Código Civil regulará la constitución y ordenamiento de tales servidumbres, conjuntamente con las normas especiales que sean de aplicabilidad. El problema se plantea al establecerse o pretender establecerse esa limitación demanial sobre un terreno de dominio público, donde rige el principio invulnerable de su «incomerciabilidad iusprivatista», es decir, de su inaptitud para ser objeto de actos y negocios jurídicos de Derecho Privado (3). «La ocupación de bienes de carácter público, dice el Decreto de 10 de octubre de 1952, requiere el otorgamiento de concesión administrativa.» Ahora bien, ello supone una radical inversión en los papeles de los protagonistas de esta acción. El titular de la servidumbre, que goza del poder de limitación del dominio de derecho privado pasa a ser aquí un concesionario de la administración; su carácter de servicio público no le sirve ya para anteponerse a cualquier otro derecho que suponga «menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida», o para exigir, que la variación del lugar de uso de la servidumbre corra a costa del dueño del predio sirviente, con los requisitos que señala el artículo 545 del Código Civil. Por el contrario, y como en toda concesión, la postura frente a la Administración concedente es siempre de humildad.

Esta dualidad de régimen, lógica resultante de la misma diferenciación entre dominio público y privado, ha suscitado, sin embargo, problemas prácticos y una curiosa doctrina del Tribunal Supremo, curiosa no sólo por su razonamiento, sino más que nada por el apego que a ella ha demostrado el alto Tribunal, quien parece dispuesto a mantenerla contra el viento y la marea de una construcción científica adversa y una legislación contraria. Pero antes de adentrarnos en ello, hemos de exponer sucintamente la cuestión desde el ángulo de enfoque de su primitivo planteamiento.

(3) MARTÍNEZ USEROS, op. cit., pág. 137.

II.—EVOLUCIÓN HASTA EL DECRETO DE 10 DE OCTUBRE DE 1952.

a) *Regulación legal.*

El Convenio entre el Estado y la Compañía Telefónica Nacional de España, aprobado por R. D. de 25 de agosto de 1924 rezaba en su base sexta :

«Para atender a las necesidades del debido desarrollo de los servicios objeto de este contrato, el Estado, cuando y a medida que lo solicite la Compañía, otorgará a ésta todos los derechos y servidumbres que sean útiles para los fines que requiera la misma y que pueda otorgarle el primero para la instalación y conservación de postes, alambres, cables, apoyos, cañerías, conductos, edificios y otros medios y obras, según lo exija el servicio de la Compañía.

La Compañía tendrá el derecho de expropiación de terrenos y propiedades necesarias para los fines anteriormente mencionados. A estos efectos se declaran de utilidad pública todas las obras y servicios mencionados en este contrato y necesario el paso por terrenos que deben cruzar o en que deban apoyarse las líneas de la Compañía.»

Con la adición de un nuevo párrafo que exige la previa conformidad del Alto Estado Mayor, cuando se trate de bienes dedicados a la Defensa Nacional, esta regla ha sido reproducida en igual forma por el nuevo convenio (Decreto de 31 de octubre de 1946).

Desarrollando esta base, el Reglamento de 21 de noviembre de 1929, establece :

a) Los diferentes organismos de la Administración Central, provincial o municipal, y toda Corporación o entidad de carácter público, concederá a la C. T. N. E., a título gratuito y sin pago de canon o indemnización alguna, cuantas *servidumbres, autorizaciones y demás facilidades* requiera, al estar facultada dicha Compañía a «ejercitar con carácter general todos los Derechos inherentes al Estado» (Art. 53). A los anteriores entes públicos quedan equiparadas «aquellas explotaciones como las de ferrocarriles que disfruten temporalmente la posesión o propiedad de inmuebles destinada a sus propios servicios» (Art. 56).

b) La Compañía queda facultada para ser ella la que designe el lugar en que las instalaciones han de situarse, «no pudiendo ser obligada a variar el trazado de las mismas por los propietarios de las fincas que se pretenda expropiar» (Art. 66) (4).

(4) Notemos que este precepto no es aplicable al problema que nos ocupa: aquí, en efecto, no se trata de expropiación, con transferencia de dominio, sino de gravar la propiedad con una servidumbre, y dentro de la regulación privada de esta carga, podrá efectuarse esa variación de trazado con el requisito de justa causa y las condiciones de pago de las obras por el dueño del predio sirviente y conservación de las condiciones normales de disfrute que señala el Código Civil, artículo 545.

c) A las condiciones fijadas por estas disposiciones no podrán aplicarse las reglas contradictorias fijadas por las leyes o normas, tanto de carácter general como de particular, que dicte el Estado o las corporaciones de carácter público (Decreto de 31 de octubre de 1946, recogiendo el art. 65 del Reglamento de 1929, que a su vez es el complemento del artículo 2.º del R. D. de 25 de agosto de 1924, que decretaba la inaplicabilidad en estas materias, entre otras, de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública y del Estatuto Municipal y sus Reglamentos).

En resumen, las disposiciones citadas tendrían visiblemente a equiparar el régimen del dominio privado y el del dominio público, sin que en ningún instante se haga visible el menor asomo de deslinde. Pero tampoco hay declaración expresa alguna —ni podía haberla— de esa equiparación. En ningún momento declara el legislador que los bienes de dominio público quedarán sujetos a la condición de predios sirvientes sometidos a la legislación privada. Ciertamente el art. 56 del Reglamento habla de servidumbres, pero el escaso rigor técnico con que es utilizado el término queda puesto de relieve al figurar junto a las expresiones «autorizaciones y demás facilidades». La palabra «servidumbre», evocadora de toda una construcción privatista, es aquí sólo una manera de «dar facilidades», no una efectiva limitación demanial, y es equiparable a la autorización, vocablo eminentemente de policía, que, como es sabido, tiende con harta frecuencia a ser confundido en la legislación con el de concesión, al tener ambos conceptos características comunes que hacen, a veces, difícil su deslinde. Además, esta supuesta facultad de instituir servidumbres sobre dominio público se hace en base a su potestad de ejercitar «todos los derechos inherentes al Estado», entre los cuales no se cuenta el de transgredir el principio citado de «incomerciabilidad insprivatista» del demanio, que le interesa sobremanera mantener.

b) *Doctrina del Tribunal Supremo.*

Una abundantísima doctrina del Tribunal Supremo (5) ha venido a sentar, fundándose en los textos que anteceden y en el carácter de Servicio Público, de interés general desempeñado por la C. T. N. E., una posición que puede sintetizarse en la forma siguiente:

a) Las autorizaciones (*sic*) para instalación de una línea telefónica en dominio público constituyen verdaderas servidumbres, cuya regulación ha de buscarse en la normativa anteriormente expuesta, y, para lo que en ella no se regule, en el Código Civil.

b) Consecuentemente con esto último, los gastos de traslado o alte-

(5) Sentencias de 25-XI-1942; 30-IV-1945; 23-IV-1946; 4-XII-1947; 3-III-1948; 12-XII-1950; 21-V-1954; 9-II, 1-VI, 28-IX y 29-IX-1956; 6-II y 1-VII (dos Ss.) 1957.

ración en la servidumbre determinados por motivos de interés público han de correr en todo caso a cargo del dueño del *predio sirviente*.

c) Que todo posible condicionamiento de las autorizaciones, servidumbres quiebra ante la consideración del servicio telefónico como de carácter nacional e interés público que priman las facultades e incluso deberes de los demás entes públicos. Así, expresamente la sentencia de 1 de diciembre de 1944 (6).

Es digno de notar, juntamente con el escasísimo rigor terminológico que puede advertirse a lo largo de estas sentencias (7), la importancia desorbitada que se concede al hecho de ser el servicio telefónico un servicio público y de interés general, o, como expresan otras sentencias, «nacional» (justificando de esta suerte la subordinación de los intereses de los entes locales).

c) *Doctrina del Consejo de Estado.*

No ha sido preciso detenernos en examinar las quiebras de la doctrina del Tribunal Supremo, porque de ello se encargó en su momento el Consejo de Estado en el dictamen de fecha 14 de julio de 1948, aceptado y recogido por la Orden del 29 siguiente.

Con un análisis impecable de la cuestión, el citado dictamen, llega a conclusiones diametralmente opuestas a las del Tribunal Supremo, sustentando:

a) Que si efectivamente el contrato entre el Estado y la C. T. N. E. es fuente de servidumbres de paso de la línea telefónica, ello es sólo en tanto en cuanto aquéllas recaen sobre bienes privados, cobrando necesariamente naturaleza de concesiones de dominio público si se refieren a este último (8).

(6) «No se niegan ni desconocen las facultades del Ayuntamiento en lo relativo a la conservación, ornato y policía en general de las vías públicas, sino que se las admite al aceptar la condición de variar el trazado de las instalaciones en la calle» (!). El Ayuntamiento, en esta generosa concepción del T. S., es un predio sirviente más, cuyas facultades —¿acaso de menos interés público y de carácter menos general que el servicio telefónico?— quedan reducidas a poder variar el trazado de la instalación, pero, claro es, a su costa, ya que «no sería justo que los gastos corriesen a cargo de la Compañía, pues la exime de ellos el artículo 545 del Código Civil».

(7) El mismo hecho jurídico es calificado de *servidumbre legal* (Sentencias de 23 de abril de 1946 y 4 de diciembre de 1947), *autorización* (Sentencias de 29 de noviembre de 1940, 3 de marzo de 1948) y *concesión* (Sentencia de 30 de abril de 1945). Nótese que ello supone una actitud puramente pasiva en la Administración respecto del primer caso, en tanto que se le reconoce ya cierta autoridad en los restantes.

(8) «El problema que plantea el presente expediente se centra esencialmente en la calificación jurídica aplicable a las autorizaciones de uso especial a favor de la Telefónica, otorgadas por el Ministerio para el paso de la línea telefónica.

«La cuestión es clara respecto del derecho de paso cuando éste grava el dominio

b) Que son aplicables a estas concesiones tanto la ley de Obras Públicas y su Reglamento como, por analogía, la ley sobre servidumbres de paso de energía eléctrica de 13 de marzo de 1900 y su Reglamento (9).

c) Que, como tales concesiones, su otorgamiento es discrecional, y el hecho de ser condicionadas no supone violación del convenio; otra cosa supondría anteponer el servicio telefónico a la afectación especial y directa del dominio público (10). Por ello, además, no cabe recurso contencioso-administrativo frente a la denegación del otorgamiento de concesión o su otorgamiento condicionado.

privado de los particulares. Se trata de una efectiva servidumbre negativa de paso, con todos los calificativos que significan la noción legal de servidumbre por causa de utilidad pública... Ahora bien, esto es claramente incompatible con la misma noción del dominio público afectado, que no puede ser adquirido sin un previo proceso de desafectación. Suponer en un mismo caso y simultáneamente existente una afectación de un predio público a las necesidades de un determinado servicio general y la cesión de parte de dicho predio para otro servicio, son términos de suyo contradictorias. El dominio público es inalienable mientras permanezca afectado a unas necesidades o usos generales. Constante la afectación, el dominio público es una *res extra commercium* no sometida a las normas generales de la propiedad privada, sino dirigiendo todo su régimen jurídico bajo la directriz primordial y permanente del servicio público, a la que se sujeta todo el tratamiento jurídico aplicable al mismo. Este mismo criterio es el aplicable a la prescribibilidad del dominio público (artículo 1.936 del Código Civil) y es el que induce al mismo Tribunal Supremo a pronunciarse sobre la imposibilidad de constituir verdaderas servidumbres sobre predios de dominio público (Sentencias de 6 de julio de 1915 y 31 de enero de 1888).»

(9) «La cuestión en Derecho positivo, parece, sin embargo, resolverla de un modo paladino la aplicación analógica de los preceptos de la Ley de 23 de marzo de 1900 sobre la servidumbre forzosa de paso de corriente eléctrica, de tantas analogías materiales con la planteada en el presente expediente; analogía autorizada y reforzada por la amplia redacción del artículo 1.º del Reglamento para su ejecución.»

(10) «Es preciso tener en cuenta que otorgamiento de la concesión de paso es plenamente discrecional de la Administración... Precisamente por tratarse de verdaderas concesiones, y en modo alguno de efectivas servidumbres sobre dominio público y ser el otorgamiento de las concesiones plenamente discrecional, no cabe el recurso contencioso-administrativo frente a la denegación del otorgamiento de aquélla ni, por tanto, frente al otorgamiento condicionado de las concesiones...»

Es inoperante el alegato formulado por la Telefónica de que de esta forma se incumplen de hecho los términos del convenio paccionado, puesto que las servidumbres otorgadas condicionalmente no serían tales servidumbres. Este argumento no puede tener efectividad alguna, toda vez que la Telefónica no puede escapar por el contrato celebrado con el Estado al régimen legal del otorgamiento de las concesiones. Ello equivaldría a anteponer en todo caso el servicio público del teléfono a la afectación especial y directa de todo camino público.»

El Consejo de Estado recoge la doctrina de estos derechos reales especiales administrativos como herederos de la institución del *precarium*, con *ergaomneidad* general salvo respecto del conferente, es decir, de la Administración, frente a la que no caben acciones posesorias.

d) *El Decreto de 10 de octubre de 1952.*

La flagrante contradicción entre la tesis enarbolada por el Tribunal Supremo y la defendida por el Consejo de Estado vino a ser resuelta, al menos en el papel, por el Decreto de 10 de octubre de 1952 que, aceptando por completo la teoría de este último venía a regular de forma tajante y sin dejar lugar a dudas la cuestión objeto de tanta controversia. La breve exposición de motivos del Decreto, dictado para el supuesto de «modificación y traslado» de las líneas telefónicas, más bien que para el otorgamiento de nuevas concesiones, es un verdadero resumen del dictamen antes citado del Consejo de Estado: «La modificación y traslado de las líneas telefónicas instaladas en los terrenos de dominio público afectos a servicios de esta naturaleza, como las comunicaciones ferroviarias y por carretera, no pueden regirse por los preceptos del Código Civil relativos a la materia de servidumbres, por cuanto éstas no pueden legalmente constituirse sobre los bienes que tienen aquel carácter jurídico, cuya ocupación requiere el otorgamiento de una concesión administrativa»... El artículo primero de este Decreto resolvía el problema sin dejar lugar a dudas: «Las autorizaciones para la ocupación de terrenos de dominio público por las líneas telefónicas se otorgarán siempre a título precario, quedando obligada la C. T. N. E. a realizar por su cuenta las modificaciones de las citadas líneas que requieran la explotación del ferrocarril, las obras de acondicionamiento y ensanche de las carreteras y el servicio público en general, cuando fuese ordenado por el organismo del Estado competente al efecto, sin derecho a indemnización alguna.» Texto definitivo en el que quedan de manifiesto: a) La precariedad de las concesiones; b) la carga para la Compañía del coste de las modificaciones que sean precisas; c) que no tendría derecho a indemnización alguna por dichas obras (11).

e) *Aspecto económico del problema: el Decreto de 13 de mayo de 1954.*

No hay que ocultar que el motivo último del problema era posiblemente el económico: la cualificación como servidumbre llevaba anexa la aplicación del Código Civil, y, por tanto, la atribución de gastos por alteración de las servidumbres al predio sirviente; y viceversa, su conceptualización como concesión administrativa los dejaba a cargo del concesionario. La solución, tal vez excesivamente drástica, del Decreto de 1952, omitía toda consideración al hecho de que la Compañía Telefónica era gestora de un servicio público de gran interés, que no podía, o no debía

(11) Se sienta el principio general de que los gastos correrán siempre a cargo de la Compañía, con independencia de que esta cláusula conste o no entre las condiciones de la concesión. La carga financiera que ello podía suponer para la Compañía ha parecido a algunos excesiva (por ejemplo, MARTÍNEZ USEROS, op. cit., pág. 147).

ser equiparada a cualquier concesión a estos efectos. En algún momento la Administración espontáneamente aplicó criterios distintos al del referido Decreto (12).

Era éste el único punto que podía ser objeto de discusión, aunque admitamos que ello era exclusivamente por razones de equidad, ya que en lógica rigurosa no se planteaba problema alguno. De todas formas ha quedado definitivamente solucionado —si el Tribunal Supremo no decide ignorarlo olímpicamente, como ha venido haciendo con el anterior— por el Decreto de 13 de mayo de 1954, que establece el siguiente criterio de reparto de gastos: «Los que ocasione la modificación o traslado de las líneas telefónicas o telegráficas serán satisfechos en una mitad con cargo al presupuesto del servicio u obra pública que demande la modificación o traslado de las mismas, y la otra mitad, por la Compañía Telefónica Nacional de España si se tratara de líneas telefónicas, o por la Dirección General de Correos y Telecomunicación si se tratara de líneas telegráficas» (Art. 4.º) (13). Después de haber sido atribuidos sucesivamente al «predio sirviente» y al «concesionario», se ha seguido un término medio de fundamentación estrictamente económica, sin que se aluda para nada al litigio jurídico. Al propio tiempo, ello ha valido para equiparar la Dirección General de Correos y Telecomunicación y la C. T. N. E.

El mismo Decreto, en su artículo 1.º, viene a regular en forma un tanto confusa, la «ocupación de bienes de dominio público» precisa para la instalación de líneas telefónicas o telegráficas (14). Hay que entender que se respetan las facultades concedentes y, por tanto, la posibilidad de ceder en precario los bienes de dominio público. En el mismo decreto se establece la necesidad de audiencia de la Compañía, o de la Dirección General de Correos en su caso —para la aprobación de los planes de obras públicas que supongan modificación en la instalación de los servicios (Artículo 3.º) (15).

(12) MARTÍNEZ USEROS, op. cit., pág. 147, señala la Orden de 25 de septiembre de 1953, del Ministerio de Educación Nacional, por la que la Administración, en un caso de variación de paso de línea telefónica por modificación de un edificio público, aplicó el criterio del Código Civil y dispuso, por tanto, que corrieran a su cuenta todos los gastos.

(13) Decreto de 13 de mayo de 1954, *Boletín Oficial* del 16, que decide la participación en los gastos de traslado «atendiendo a razones de equidad y equilibrio presupuestario» (Exp. de motivos).

(14) «Cuando para el establecimiento de líneas o instalaciones telefónicas y telegráficas sea precisa la ocupación de bienes de dominio público, se concretará la extensión y ubicación de las mismas, previo sumario expediente, a título gratuito y sin pago de canon ni indemnización alguna, en la forma reglamentariamente establecida para cada servicio por los diferentes organismos de la Administración Central, Provincial o Municipal, o, en general, de las Corporaciones o Entidades de carácter público que tengan a su cargo el servicio o la obra a que estén afectos aquellos bienes.»

(15) «Para la aprobación de planes de obras públicas que impliquen la modificación o traslado de líneas telegráficas o telefónicas ya instaladas en terrenos de domi-

III.—ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

a) *Reiteración de la Doctrina del Tribunal Supremo.*

Las últimas ocasiones en que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este tema han sido Sentencias de 6 de febrero y 1 de julio del presente año. En esta última fecha se han dictado dos Sentencias de las que han sido ponentes, respectivamente, los magistrados señores Cordero de Torres y González-Alegre y Ledesma. En ambos casos se trataba de Recurso contencioso-administrativo (Sala Cuarta del Tribunal Supremo) en grado de apelación, habiendo fallado el Tribunal Provincial de Granada, en ambos casos, la incompetencia de la jurisdicción para conocer de la demanda. En los *Vistos* de la demanda figuran los Decretos de 10 de octubre de 1952 y 13 de mayo de 1954, si bien este último es posterior a la fecha del recurso y, por consiguiente, no procede su aplicación.

Los *Considerandos* de ambas Sentencias, de redacción absolutamente idéntica, reiteran la doctrina conocida del Tribunal Supremo en los siguientes puntos:

a) Afirmación de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, rechazando la discrecionalidad de la administración: «...el estudio de los fundamentos de aquella declaración (la del Tribunal de Granada respecto de la incompetencia de jurisdicción) no permite su aceptación..., puesto que la Corporación Provincial tenía que atenerse en la materia a las abundantes normas imperativas no sólo de origen unilateral, sino también paccionadas, que determinan cuáles son los derechos y las obligaciones que el Estado y la Compañía Telefónica Nacional de España tienen establecidos para regular sus relaciones y la extensión de sus respectivas facultades.

b) Imposibilidad de condicionar las *servidumbres* en la forma realizada, «Considerando: Que a la vista de los preceptos contenidos en el Real Decreto de mil novecientos veintinueve que fijó las condiciones para otorgar la concesión del servicio telefónico, y en el contrato concertado en mil novecientos cuarenta y seis entre el Estado y la Compañía, una reiterada jurisprudencia ha establecido que el categórico derecho de la última entidad a obtener de cualquier Corporación Pública las *servidumbres* precisas para instalar sus líneas, quedaría vulnerado si los organismos afectados por la *servidumbre* pudieran limitar, condicionar o gravar a aquéllas en la forma en que lo hizo la Diputación Provincial de Granada, por la cláusula tercera del acuerdo que motivó el recurso ante el Tribunal *a quo*» (16).

no público, será preciso que al acuerdo del organismo competente preceda vista del expediente y audiencia, que se darán por término de quince días a la Dirección General de Correos y Telecomunicación o la Compañía Telefónica Nacional de España, respectivamente.»

(16) Esta cláusula tercera especificaba: que la *autorización* se concedía sin per-

b) *Examen y crítica.*

De lo antes dicho se deduce claramente que la excepción de incompetencia de jurisdicción, aceptada por el Tribunal granadino, no está contradicha, contra lo que afirma el Tribunal Supremo, en ninguno de los juicios de tercero, salvando el derecho de propiedad y a título de precario, por si en textos legales que cita, y es, en cambio, como dictaminó el Consejo de Estado, consecuencia directa del carácter indiscutible de concesión que tiene lo que el Tribunal Supremo insiste en denominar *servidumbre*.

Sin embargo, ello no es tampoco sino una cuestión subsidiaria derivada del problema fundamental, es decir, la posibilidad de condicionar o no tales autorizaciones. Es notable la debilidad argumental del Tribunal Supremo en este punto, viéndose reducido a enarbolar como toda defensa de interés la doctrina que él mismo ha creado, y que ha de ser, según dicen los «considerandos» de ambas sentencias, «inexcusablemente mantenido». Ignoramos —pues están inmotivadas— las razones de esa inexcusabilidad tan orgullosamente puesta de relieve. Lo cierto es que, invirtiendo el argumento del alto Tribunal, si no fuese posible el condicionamiento de esa ocupación del dominio público, la Compañía Telefónica gozaría de una excepción señaladísima, como indicaba el Consejo de Estado, y que no puede ampararse de ninguna forma en texto legal alguno. La argumentación del Consejo de Estado, era, entonces como ahora, técnicamente irreprochable, y a ella nos remitimos para mostrar los fallos de la doctrina jurisprudencial (17).

Pero es que, además, desde la fecha de ese dictamen a nuestros días, la doctrina del Consejo de Estado ha pasado a ser mandato legal, claro y terminante, en el Decreto de 10 de octubre de 1952, que en su citado artículo 1.º dice, sin dejar lugar a dudas, que «las autorizaciones para la ocupación de terrenos de dominio público por las líneas telefónicas, se otorgarán siempre a título precario»; decreto que es plenamente aplicable en ambos casos (18), y que es citado por el propio Tribunal en los

algún momento hubiera necesidad de modificar la situación de los postes, por conveniencia del camino, ensanche del mismo o variación del trazado. Las otras dos cláusulas rezaban: Primera: la Compañía debería observar para la ejecución de las obras la legislación vigente en cuanto a instalación de cruces aéreos se refería, guardando las precauciones y protecciones establecidas; segunda: no podía depositar materiales sobre el camino durante la ejecución de las obras que pudiesen impedir la libre circulación por el mismo.

(17) Vid. en especial los párrafos del dictamen transcritos en la nota 10, *supra*.

(18) El primero de ellos se inicia con la solicitud del Secretario General de la C. T. N. E. de fecha 3 de marzo de 1953 a la Diputación Provincial de Granada, quien adoptó el acuerdo recurrido en 25 de abril siguiente, es decir, en plena vigencia del Decreto aludido. El segundo caso comienza con solicitud de 11 de noviembre de 1953, y el acuerdo de la Diputación Provincial es de 22 de diciembre siguiente.

vistos de ambas sentencias, pero que es eludido casi diríamos que maliciosamente en los Considerandos —donde, en cambio, se cuida muy bien de señalar la inaplicabilidad del Decreto de 13 de mayo de 1954—. Esto es notoriamente más grave, por cuanto supone el desconocimiento consciente de un clarísimo precepto legal, sacrificado en aras a una doctrina explícitamente rechazada por ese precepto, tanto en su articulado como en su exposición de motivos —que, según el propio Tribunal Supremo, es interpretación auténtica de la norma—. Gracias a este atentado judicial, el Decreto de 10 de octubre de 1952 habrá sido un puro ente ideal sin trascendencia práctica; letra muerta, en suma.

Queda ahora el enigma de la futura jurisprudencia sobre esta materia. Establecido este precedente, bien pudiera suceder que el Tribunal ignorase los preceptos del Decreto de mayo de 1954 y mantuviese la fidelidad a su propia doctrina a despecho de las nuevas disposiciones legislativas. Hay que considerar, sin embargo, que aún en el caso más probable de que el Tribunal Supremo se convenciese de los motivos de equidad y orden que condujeron a su promulgación dado que el problema económico queda detallado y cumplidamente resuelto por ese último Decreto, es poco probable que volvieran a plantearse litigios de esta suerte por la simple conceptualización jurídica, que, en cambio, resulta aún más confusa en este texto legal en que se rehuyen los términos *servidumbre*, *autorización*, *concesión*, tan poco oportunamente empleados por lo común, para emplear la vaga fórmula de «ocupaciones de dominio público». Por ello, es muy posible que en el futuro sean muy raros los recursos que se entablen por esta cuestión; pero desde ahora podemos anticipar que en el caso de que llegasen hasta el Tribunal Supremo, éste ratificaría una vez más su competencia y degeneraría la posibilidad de conceder esas ocupaciones a título de precario, a pesar de que, en este punto al menos, el Decreto de 10 de octubre de 1952 sigue plenamente vigente (19).

MANUEL PEREZ OLEA.

(19) Del examen comparativo de ambos textos se deduce, en efecto, que el Decreto de 1954 ha venido a modificar exclusivamente el régimen económico de financiación de las obras de modificación de las líneas, y los detalles secundarios de formación de expediente, etc., sin que en ningún momento se afirme la derogación del Decreto de 1952; antes por el contrario, en la exposición de motivos del posterior se alude claramente a que el Decreto de 1952 regulaba ya «en parte» este problema, viniendo luego a completarle el Decreto de 1954 como producto de la Comisión Interministerial nombrada por Decreto de 12 de febrero de 1953 (*Boletín Oficial* del 23 siguiente). Parece obvio, por tanto, que, atemperando los preceptos de uno y otro texto legal, se siga considerando con todos los requisitos fijados por el Decreto de 13 de mayo de 1954, a esas ocupaciones como concedidas a título precario, quedando derogado el primer Decreto sólo en lo que está en flagrante contradicción con el posterior, es decir, el tan repetido problema de los gastos de modificación de instalaciones.

