

# SOBRE LA CRISIS DEL CONCEPIO DE DOMINIO PUBLICO

POR

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA

*SUMARIO:* 1. *Introducción.*—2. *Características del dominio público.*—3. *Crítica.*—4. *La imprescriptibilidad:* A) La imprescriptibilidad en la esfera central, hasta la aparición de la Ley del Patrimonio: a) El Código civil. b) La legislación de Vías Pecuarias. c) La Ley de Montes. d) La Ley de Puertos. e) La Ley de Aguas. B) La imprescriptibilidad en la esfera local. C) La Ley del Patrimonio del Estado.—5. *La acción de oficio.*—6. *La inalienabilidad:* A) Fundamento. B) Naturaleza jurídica. C) Problema de la validez de la enajenación de bienes demaniales realizada sin desafectación previa. D) Normativa vigente: a) Planteamiento. b) Esfera local: a') Ley de Régimen Local y Reglamento de Bienes. b') Normas complementarias. c') Sistematización. d') Ley del Suelo. E) Esfera central. F) La naturaleza jurídica de los patrimonios urbanísticos en una y otra esfera.—7. *Conclusiones.*

## 1.—INTRODUCCIÓN.

1. Las características del dominio público fueron un día consideradas como un grave conjunto de derogaciones del Derecho privado. Hace ya tiempo que la doctrina, señaladamente la francesa, demostró que no había tales derogaciones, y que en todo caso éstas constituían una escala siempre cambiante y abierta en la medida en que los supuestos sociológicos exigieran dar a las relaciones que constituyen la propiedad pública, uno u otro contenido, un haz más o menos grande de facultades. Pretendemos demostrar ahora cómo en el Derecho español se ha llegado a fórmulas en las que hace crisis por completo la idea del dominio público como figura exorbitante del Derecho común.

Por lo pronto, el dominio público tiene que ser lógicamente una especie de derecho de propiedad, un tipo específico de relaciones sujetocosas del mundo exterior. Esta especificidad se debe, según la opinión más común, al destino que las cosas tienen, a su funcionalidad, a lo que técnicamente se llama la afectación, su destino; el dominio público recae sobre ciertos bienes, porque estos bienes están afectados; el dominio público tiene un régimen jurídico que salva y preserva una afecta-

ción. Sobre este punto y señaladamente sobre la discusión acerca de si la afectación es siempre una decisión administrativa o cabe también que sea una simple situación fáctica, se insistirá.

## 2.—CARACTERÍSTICAS DEL DOMINIO PÚBLICO.

Las notas del dominio público, según la opinión más común, pueden ser divididas en dos grandes grupos: notas menores y notas mayores.

Las notas menores serían la potestad de deslinde y de investigación, la potestad sancionadora, y la no necesidad de inmatriculación. Podrían situarse sin dificultad en el ámbito de la autotutela. Y de este modo no serían, en realidad, características del dominio público, y mucho menos definición de su contenido, sino aplicación al dominio en manos de la Administración de unos caracteres absolutamente imprescindibles en cuantas relaciones el poder administrativo interviene. Y del mismo modo que están fuera del contrato administrativo los privilegios de la Administración que en él aparecen, tales como el *ius interpretandi* y la acción ejecutiva, del mismo modo podríamos considerar que está fuera de la relación dominical pública tanto las potestades de deslinde e investigación como la potestad sancionadora, como la no matriculación. No obstante, queda por ahora en el aire y a reserva de ulteriores precisiones el dato de la aparición de unos caracteres en principio no conocidos en la relación de la propiedad jurídico-privada.

Las notas mayores, verdaderamente sugestivas e interesantes, del dominio público son la imprescriptibilidad, la acción de oficio y la inalienabilidad (es decir, las derivadas de la inercialidad).

La imprescriptibilidad es, dicho con otro nombre, un privilegio administrativo por el que se concede una duración indefinida a la acción de recuperación de los bienes sobre los que se ha dejado de ejercer por la Administración durante algún tiempo sus potestades dominicales. Correlativamente supondría el que una ocupación privada no pueda dar lugar por sí sola a una desafectación, o también que el abandono y desuso, por patentes y evidentes que fueran, no supondrían tampoco en ningún caso la desafectación. Complementariamente a esta supuesta duración indefinida de la acción tenemos el privilegio de su ejercicio por la sola vía administrativa, sin intervención de los Tribunales.

La tercera de las notas mayores, la inalienabilidad, consistiría en la imposibilidad de vender, y ello con un valor absoluto y dogmático,

ni un solo metro cuadrado de dominio público mientras tuviera condición de tal. Correlativamente se exigiría para la venta el cumplimiento de ciertos requisitos que hagan perder al bien la condición de dominio público.

### 3 —CRÍTICA.

Pues bien, todo lo anterior es rigurosamente falso.

No es verdad que la potestad de deslinde e investigación, así como la sancionadora, correspondan hoy sólo al régimen del dominio público, siendo lo cierto que corresponden igualmente al del dominio privado en manos de la Administración.

No es verdad que la no matriculación sea un dato propio del dominio público, puesto que también lo es del dominio de los particulares.

No es cierto que el dominio público sea imprescriptible, ni los bienes sobre los que recae inalienables, siendo más cierto que es perfectamente prescriptible y que la inalienabilidad no es más que la exigencia de cumplir ciertos requisitos antes de que el bien sea enajenado, dato este aplicable también al dominio privado de la Administración; y siendo más cierto que incluso el aspecto dogmático de la cuestión, que hasta hace poco postulaba que aunque fuera cierto que la inalienabilidad sólo comportaba la exigencia de cumplir ciertos requisitos antes de vender, siempre quedaba a salvo el hecho de que el dominio público, en cuanto tal, era insusceptible de venta, siendo más cierto, repetimos, que incluso este aspecto dogmático ha quebrado, y hoy día el dominio en cuanto tal no solamente es vendido, sino que en muchos casos se constituye precisamente para ser enajenado.

Es incierto que en la defensa de sus bienes, ocupados por tercero, pueda la Administración actuar sin recurso a los Tribunales. Tal privilegio cesa, en efecto, tan pronto el ocupante del bien haya inmatriculado éste a su nombre.

Finalmente, no es cierto que la *affectatio* sea privativa del dominio público, ya que hay para el dominio privado de la Administración una afectación, aunque de grado menor.

#### 4.—LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

La doctrina a través de las egregias figuras de FERNÁNDEZ DE VELASCO, de GARCÍA OVIEDO y de GARCÍA DE ENTERRÍA; el Código civil; la Ley de Montes; la Ley de Aguas; la Ley de Puertos; la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Consejo de Estado, están contestes en que el dominio público es prescriptible, en que la acción para recuperar las parcelas del mismo ocupadas por los particulares se extingue pasado cierto tiempo. La conclusión es unánime y deja sólo a salvo el principio dogmático de que el dominio público, en cuanto tal, no es nunca poseído por los particulares, sino sólo parcelas determinadas del mismo, previamente degradadas, si bien por la propia acción del particular que las ha ocupado.

Es preciso distinguir la esfera central de la esfera local, y dentro de la primera, las normas anteriores a la Ley del Patrimonio y esta misma Ley.

Sabido es que durante una venturosa etapa, desgraciadamente ya concluida, los Ayuntamientos gozaron de un sistema legislativo notablemente más evolucionado que el central. Aunque esta etapa por el momento se haya cerrado en este punto, como vamos a ver, continúa siendo superior la normativa local a la central, ya que la primera ha acogido con valentía y realismo la tesis, repetidamente mantenida por la doctrina, de la prescriptibilidad del dominio público, frente a la Administración Central, que se empeña últimamente en continuar desconociendo la evidencia que los hechos muestran.

A) La legislación para la esfera central anterior a la Ley del Patrimonio podemos considerarla resumida así:

a) Artículo 342 del Código civil. Según él, los bienes del dominio público, «cuando dejan de estar destinados al uso general o a las necesidades de defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado». Relacionando este artículo con el 339, que al enumerar los bienes de dominio público ha hablado repetidamente de la destinación de estos bienes como criterio del demanio, llegamos a la conclusión de que nuestro Código civil había admitido sin vacilación tanto la afectación como la desafectación fáctica. Bastaba con que se dieran ciertos *facta concludentia* sin necesidad de ningún acto formal o expreso para que un bien quedara excluido del dominio público.

Había que demostrar que los bienes de la Administración podían salir del Patrimonio de la misma también cuando los *facta concludentia* estaban constituídos por el simple silencio de la Administración ante una ocupación abusiva del particular.

A tal conclusión, sin embargo, se podía llegar por cualquiera de los caminos citados en las palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, que es quien con mayor brillo ha sostenido la tesis en su libro *Dos estudios sobre la usucapión*, donde dice: «Basta acudir a criterios como el de la imposibilidad de petrificaciones rígidas de las situaciones del derecho, la necesidad de santificar los *status* fácticamente afirmados, la efectividad de la dejación de la custodia del dominio, la presunción de que esta dejación puede denunciar una desafectación ya olvidada, en fin, la oportunidad de situar las exigencias del orden en el presente y en el futuro, y no precisamente en el pasado con sus convencionales determinaciones. Argumentos todos que, como el específico de la desafectación tácita, nos están remitiendo a los mismos fundamentos materiales de una figura estigmatizada dentro del ámbito institucional del dominio público: la usucapión».

b) Entre los bienes que pueden ser objeto de usucapión se encuentran las vías pecuarias, declaradas dominio público, entre otras normas, por el Decreto de 23 de diciembre de 1944, que regula la recuperación administrativa de estos bienes.

Mas el Tribunal Supremo ha dicho que esta recuperación tiene un límite en el tiempo, sosteniendo que aunque el artículo primero del Decreto dice que estas vías «no serán susceptibles de prescripción ni podrá alegarse para ser apropiadas el mayor o menor tiempo que hayan sido ocupadas...», ... «no puede admitirse el referido fundamento, pues el citado artículo admite la excepción que a continuación señala el artículo 2.º, al decir: “corresponde a la Administración el restablecimiento y reivindicación de las vías pecuarias usurpadas, cualquiera que sea la fecha de su ocupación, salvo los casos en que se haya legitimado, haciéndose la adquisición irreivindicable”; y como el mencionado Reglamento guarda silencio sobre cuáles sean los casos y condiciones de legitimación de las ocupaciones, es forzoso atenerse a las normas del Código civil» (sentencia de 16-12-1958). Igual doctrina se contiene en la sentencia de la Sala 4.ª, de 4 de mayo de 1959. Y la misma se reitera en la de 12 de junio de 1959, que dice: «El principio formulado en el artículo 1.º del Decreto-Reglamento de 23 de diciembre de 1944, de que las vías pecuarias no serán susceptibles de prescripción ni podrá alegarse

pa. a su aprobación el mayor o menor tiempo que hayan sido ocupadas, ni en ningún caso podrán legitimarse las usurpaciones de que hayan sido objeto, como este Tribunal ha declarado, entre otras, en las sentencias de 22 de marzo y 26 de diciembre de 1958, debe ponerse en relación con la hipótesis recogida en el artículo 2.º del mismo Decreto, la de que la ocupación de los particulares se haya legitimado, haciéndose la adquisición irreivindicable, y si bien en la redacción del citado artículo 2.º del Decreto de 23 de diciembre de 1944 se ha suprimido el inciso "conforme a las Leyes", que, refiriéndose a la indicada hipótesis de legitimación de la adquisición figuraba en el Decreto de 5 de junio de 1924, es obvio que del simple sentido gramatical de "legitimación" se deduce que ha de suponer que la situación jurídica de los particulares a que alude la norma comentada se haya logrado acomodándose a los requisitos señalados por las Leyes generales y de superior rango que el Decreto que rigen en la materia, tales como los artículos 432 a 436, 446 a 448 y 1.940 y 1.941 del Código civil y 34 y 35 de la Ley Hipotecaria» (sentencia de 12-6-1959).

c) En el mismo realista camino de la admisión de la prescriptibilidad del dominio público se encuentra desde siempre —y en la Ley actual está recogido esto en el artículo 14, b), de la Ley reguladora— la legislación de Montes. Claramente se dice en el citado artículo que «solamente tendrán valor y eficacia en el acto de apeo los títulos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad y aquellas pruebas que de modo indudable acrediten la posesión ininterrumpida durante más de treinta años de los terrenos pretendidos». La jurisprudencia que antes y después de la actual Ley de Montes se ha ocupado del problema, lo ha resuelto, sin vacilar, en el sentido de que la prescripción forestal opera frente a toda clase de montes, incluso, desde luego, los provinciales, que, como se sabe, ya desde la Ley de Bases de Régimen Local de 1945, tienen la condición expresa de demaniales.

d) Otro tanto sucede con el espacio marítimo-terrestre. La Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, no obstante la expresa declaración de dominio público a favor de todos los terrenos de la referida zona, admite la posibilidad de usucapación a favor de los particulares de las parcelas de la misma ocupadas durante los plazos previstos.

e) En la misma línea se encuentra la Ley de Aguas cuando en su artículo 149 considera bastante para la consolidación de los aprovechamientos de las públicas el uso ininterrumpido durante veinte años.

B) *Esfera local.*

Ya hemos dicho que aquí está el problema mucho más claramente regulado. El artículo 8 del Reglamento de Bienes dice: «Para alterar la calificación jurídica de los bienes de las entidades locales será preciso expediente en el que se demuestre la conveniencia del cambio de afectación total o parcial al uso, servicio o aprovechamiento de que se tratare.

2. El expediente deberá ser resuelto previa información pública durante un mes por la Corporación local respectiva mediante acuerdo adoptado con el "quorum" que señala el artículo 303 de la Ley.

3. No será necesario expediente de calificación jurídica cuando la alteración derivare, expresa o implícitamente, de actos administrativos dictados con iguales o mayores solemnidades que las señaladas en los párrafos anteriores, en especial de planes o proyectos de ordenación urbana, obras o servicios en los que hubiere recaído aprobación del Ministerio de la Gobernación o de las Comisiones de Servicios Técnicos o de Urbanismo.

4. Se entenderá, además, producida la afectación de bienes a un uso o servicio público o comunal sin necesidad de acto formal cuando:

a') La entidad adquiere por usucapión, con arreglo al Derecho civil, el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso o servicio público o comunal; o

b') Se utilizaren durante veinticinco años bienes de propios en uso o servicio público o comunal, o siendo bienes comunales durante el mismo período de tiempo fueron objeto de uso o servicio público.

5. Se entenderá asimismo producida sin necesidad de acto formal desafectación de los bienes de dominio público y de los comunales, que se convertirán en bienes de propios cuando hubieren dejado de utilizarse durante veinticinco años en el sentido de la afectación pública o comunal».

Juntamente con el artículo 16 del Reglamento de Servicio regulador de la ineficacia de las licencias, el artículo 8 del Reglamento de Bienes es un elemento capital en la dogmática jurídica positiva española. Acoge de modo expreso la postura defendida por la doctrina y regula con elogiabile realismo la evidencia de la posibilidad de que las ocupaciones privadas del demanio logren la santidad de lo legislativamente consagrado.

Curiosamente, la estructura del artículo contiene una suavización de exigencias crecientes. En efecto, se comienza por exigir un expediente

solemne, al igual que la equivocada Ley del Patrimonio hará años más tarde. A continuación se instituye la desafectación implícita.

Y por último aparece la desafectación presunta, como consecuencia del no uso durante veinticinco años, pasados los cuales el bien se integra entre los patrimoniales, comenzando a correr entonces los plazos del Código civil. Ha quedado consagrada la posibilidad de que la ocupación privada degrade el dominio público, y una vez convertido el bien en patrimonial —pero aún en mano pública— comience un segundo período hasta consumarse la usucapación a favor del ocupante. La diferencia entre un período y el siguiente está en que durante el primero y el primer año del segundo —es decir, durante veintiséis años— la Administración podrá recuperar el bien de oficio, mientras que durante el tiempo restante deberá acudir a los Tribunales para ejercer ante ellos una acción reivindicatoria.

### C) *La Ley del Patrimonio.*

Frente a tan unánime visión del problema, la Ley del Patrimonio del Estado intenta cristalizar la idea del dominio público eterno, estableciendo para ello como tesis legislativa la doctrina de la afectación y desafectación formales, solemnes y rituarías. En efecto, los artículos 113 y siguientes consagran tan irreal solución, encomendando al Ministro de Hacienda la afectación de los bienes del Patrimonio al uso general o a los servicios públicos. Esta afectación se hará por orden expresa, que se comunicará al Ministro interesado (art. 116), cuyo Departamento, mediante representante, y el de Hacienda, suscribirán nada menos que un acta de afectación (art. 117). La desafectación compete al Ministro de Hacienda también, con formalización de solemne acta (art. 121).

Por último, consecuentemente en lo anterior, el artículo 123 dice que «la incorporación al Patrimonio del Estado de los bienes desafectados, incluso cuando procedan del deslinde de dominio público, no se entenderá efectuada hasta la recepción formal por el Ministerio de Hacienda de los bienes de que se trate, y en tanto no tenga lugar la misma, seguirán teniendo aquéllos el carácter de dominio público».

Tan absurda solución es irrealista y quimérica, contraria a la tradición legislativa y a los antecedentes comparados («Nunca un derecho ha podido exigir el empleo de fórmulas sacramentales para entender cumplidos los presupuestos esenciales de la afectación o la desafectación, en consecuencia de lo cual ha debido remitir en mayor o menor medida su cumplimiento a la interpretación de lo *facta concludentia*», había di-



cho GARCÍA DE ENTERRÍA, en su ya citado trabajo, añadiendo a continuación una gama abrumadora de ejemplos en el Derecho histórico y en el actual).

Hay que volver por ello a la tesis lógica y realista del dominio público prescriptible parcela por parcela. Falta sólo determinar el tiempo necesario para que la desafectación, por obra de la ocupación privada, se consume. Esto es mucho más difícil. GARCÍA DE ENTERRÍA había sostenido que simultáneamente se producían la desafectación y la usucapión a favor del particular, aduciendo para ello que parecía ilógico que la acción privada tuviera virtualidad para hacer pasar el bien de manos de la Administración bajo el régimen demanial, a manos de la Administración bajo el régimen jurídico-privado. Ya hemos visto, sin embargo, que la única norma de nuestro Derecho que habla de este punto lo resuelve rotundamente en sentido contrario a lo opinado por ENTERRÍA. Por otro lado, en el caso de la adquisición del uso —no de la propiedad— de las aguas públicas por usucapión, la acción privada tiene virtualidad para consolidar este uso, pero la propiedad sigue en mano pública (y no se olvide que es perfectamente posible la existencia de aguas privadas).

En la Ley del Patrimonio, sin embargo, podríamos encontrar una base para fijar una cifra cierta de años de ocupación privada para hacer cesar la relación dominical pública. Ya que al regular las concesiones y autorizaciones sobre el dominio público el artículo 126 dice que éstas no excederán de noventa y nueve años (por un arcaico temor a la posesión centenaria). Podría hallarse aquí una base para considerar que el plazo de cien años es el adecuado para este tipo de usucapión.

##### 5.—LA ACCIÓN DE OFICIO.

En una y otra esfera y en todas las normas que hablan de ello se consagra la potestad de la Administración de recuperar por sí los bienes de que ha sido despojada, si tales bienes son demaniales (art. 55 del Reglamento de Bienes para lo local).

Ahora bien, tal privilegio —aplicación directa del magno privilegio de la autotutela— desaparece tan pronto el ocupante privado haya inmatriculado el bien a su nombre. Basta leer los artículos pertinentes de la Ley Hipotecaria para comprender que el único modo de lograr la anulación de un asiento, por irregular que sea el origen de éste, es impugnarlo jurisdiccionalmente ante el Juez ordinario, sin que haya para esta

regla excepción alguna, ni para la Administración ni para nadie. Aún más grave —por lo generalizable— era el planteamiento dado al problema hasta la aparición de la Ley de Montes, que prohibió frente a los públicos la puesta en práctica del célebre artículo 41 de la Ley Hipotecaria, al socaire del cual se había logrado la inmatriculación a nombre de particulares de numerosas parcelas forestales públicas.

Y también era grave el problema desde otro punto de vista independiente del planteamiento hipotecario. Se trataba, en efecto, de que al intentar la Administración la recuperación administrativa de un bien, el particular ocupante se dirigía al Juez ordinario alegando una invasión administrativa en tal bien al que el ocupante reputaba privado, y esgrimiendo un interdicto (interdictos que caben, como es sabido, cuando la Administración actúa *ultravires*). Es obvio que la admisión de tales interdictos —y nada digamos su fallo desfavorable a la Administración— comportaba el derrumbamiento también por este lado del edificio de privilegios que constituirían el demanio. Planteada la cuestión de competencia en los términos en que hemos expuesto, el Consejo de Estado lo informó —informe aceptado por el Gobierno— en el sentido de que en tales casos la alegación de la Administración de que el bien es dominio público, es bastante para que el Juez deba abstenerse de admitir el interdicto. Así, el Decreto de competencia de 6 de septiembre de 1961, que dice:

«En la cuestión de competencia promovida por el Gobierno Civil de Vizcaya al Juzgado de Primera Instancia de Guernica sobre interdicto de recobrar la posesión de parte de los pertenecientes del caserío "Gogortza" en el Ayuntamiento de Mendata:

Vistos el artículo 403 de la Ley de Régimen Local: Párrafo primero: "Contra los actos o acuerdos de las Autoridades y Corporaciones que lesionen derechos de carácter civil, podrán ejercitar los interesados las actuaciones correspondientes en la vía judicial ordinaria".

Párrafo segundo: "No se admitirán interdictos contra las providencias administrativas de las Autoridades y Corporaciones Locales en materia de su competencia".

El artículo 55 del Reglamento de Bienes y Servicios de las Entidades Locales:

Párrafo primero: "Las Corporaciones Locales podrán recuperar por sí la tenencia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo...".

Párrafo tercero: "La recuperación en vía administrativa requerirá acuerdo previo de la Corporación, al que se acompañarán los documen-

tos acreditativos de la posesión, salvo que se tratase de regular usurpaciones recientes...”.

El artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa: “Siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago de depósito, según procede en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa objeto de expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar para que los Jueces le amparen y en su caso le reintegren en su posesión amenazada o perdida”.

Considerando que los preceptos contenidos tanto en el Reglamento de Bienes y Servicios de las Entidades Locales (art. 55, párrafo segundo), como en esta última (art. 403, párrafo primero) y Ley de Expropiación Forzosa (art. 125), parten del supuesto de que se trata de bienes que indubitadamente sean de dominio público, bien del caso de bienes que, con igual seguridad, son de propiedad privada; en cuyos supuestos es clara la atribución de competencias, sea a la Administración, sea a los Tribunales: mas en el presente caso, por tratarse no de una plantación realizada en un camino, al cual, probada como está su existencia, sería forzoso considerar de dominio público, sino en sus mismos linderos, ignorándose además la anchura de aquél y aun la misma antigüedad de la plantación origen de controversia, faltan no sólo aquellos supuestos, sino incluso indicios que racionalmente permitan establecerlos.

Considerando que, en consecuencia, al no poderse calificar como de dominio privado los terrenos afectados, no es posible invocar eficazmente los principios contenidos en el artículo 403, párrafo primero, de la Ley de Régimen Local, y 125 de la de Expropiación Forzosa, siendo, por el contrario, procedente aplicar el párrafo segundo de aquel artículo, inspirado en la protección posesoria de que deben gozar los bienes de dominio público, pues, aun siendo incierto que los terrenos a que se refiere esta cuestión de competencia merezcan aquella calificación, es manifiesto que la interesada no ha destruído, en el actual trámite y a reserva de lo que pueda decidirse en el correspondiente juicio de propiedad, la presunción que invoca el Ayuntamiento de Mendata.

Considerando, por lo expuesto, que la competencia para conocer en el presente asunto debe atribuirse a la Administración.

De conformidad con el dictamen emitido por el Consejo de Estado,

previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 11 de agosto de 1961,

Vengo en decidir la presente cuestión de competencia a favor del Gobernador civil de Vizcaya» (*Boletín Oficial del Estado* de 14 de septiembre de 1961).

Han desaparecido, pues, dos brechas importantes en cuanto al supuesto privilegio de la acción de oficio en la defensa del dominio público, pero queda en pie la fundamental: la inmatriculación de la parcela ocupada por el particular. Esta es causa bastante para que sea la Administración quien tiene que actuar como demandante en un juicio de reivindicación ante el Juez ordinario.

Por el contrario, aparece un inesperado efecto de la acción de oficio en la promoción del deslinde, fenómeno regulado de modo común al dominio público y privado de la Administración, y cuya puesta en práctica sitúa al particular en el trance de actuar como demandante frente a la acción administrativa ya consumada, aunque no definitiva.

#### 6.—LA INALIENABILIDAD.

Hemos llegado con ello al punto final del presente estudio: el de la inalienabilidad del dominio público. La correlación entre este dato y el de la imprescriptibilidad es clara. La prescriptibilidad sería una especie de alienabilidad. Uno de los títulos de enajenar sería el abandono. Al ser abandonados los bienes por la Administración, serían *res derelictae* y pasarían al Patrimonio del primer ocupante. Sin embargo, la dogmática de la inalienabilidad presente frente a la de la prescriptibilidad, características bien definidas, y sobre todo, como vamos a ver en seguida, como consecuencia de la incorporación de la Administración a la vida económica y del fenómeno del vertiginoso crecimiento de las ciudades, la inalienabilidad se presenta como un problema cotidiano frente a los casos infinitamente menos numerosos de aplicación de la imprescriptibilidad. Por último, como hemos visto, la quiebra de la imprescriptibilidad lo era frente a parcelas aisladas del demanio, quedando incólume el dogma en respecto a la institución misma. Por el contrario, como vamos a ver, la quiebra de la inalienabilidad afecta al dogma mismo y no a sus aplicaciones concretas parcela por parcela.

A) ¿Cuál es el fundamento de la inalienabilidad? Para un sector se funda en la misma naturaleza del dominio público. Más si se entiende

esta insusceptibilidad de vender en sentido físico, es absolutamente falsa su existencia. Si se entiende la insusceptibilidad jurídicamente, eso es precisamente lo que hay que probar.

Otra corriente ve el fundamento de la inalienabilidad en la propiedad colectiva.

La doctrina dominante ve en la afectación el fundamento de la inalienabilidad. La Administración tiene el deber de conservar el destino de los bienes públicos, deber que queda sancionado por la incapacidad de vender sin una desafectación previa (HAURIUO, *Précis*, pág. 620).

CLAVERO ARÉVALO (en *La inalienabilidad del dominio público*) distingue la inalienabilidad del Patrimonio de la Corona (que va a quedar convertida en la exigencia de que para vender los bienes del Estado hace falta una Ley) y la del dominio público en cuanto tal. Recuerda el profesor de Sevilla que las Leyes desamortizadoras dejan incólume el dominio público, aunque el artículo 2 de la Ley de 1 de mayo de 1855 se cuida de exceptuar de su ámbito a los edificios y fincas destinados o que el Gobierno destinase al servicio público. Esta vinculación tan estrecha entre afectación e inalienabilidad que se da en la doctrina dominante ha hecho pensar que el régimen de la inalienabilidad del dominio público no consiste tanto en la imposibilidad de enajenar como en la exigencia de un requisito de forma que ha de darse en la enajenación de los bienes del dominio público. Dicho requisito consiste precisamente en la desafectación previa. No debe hablarse de una inalienabilidad, ya que la Administración puede enajenar desafectando. Más bien podría hablarse de una posibilidad de enajenación sometida al previo requisito de desafectación.

Mas estas afirmaciones no pueden destruir la inalienabilidad del dominio público por la sencilla razón de que ese requisito de forma, que se pretende sea la inalienabilidad, determina por sí mismo la cesación del dominio público, pues la desafectación extingue dicha cualidad.

Por su parte, WALINE (en *Manuel élémentaire de Droit Administratif*, 4.ª edición, Paris, 1946, pág. 444) dice que la inalienabilidad es una expresión desgraciada y no significa que el bien de dominio público esté fuera del comercio, sino solamente que toda venta es nula si no ha sido precedida de una formalidad por la que se declara que el bien no es necesario a la Administración.

DE VALLÉS contrapone inalienabilidad e indisponibilidad. La primera hace referencia a la función de los bienes, que no puede ser suprimida por la Administración, ya que la afectación ha creado un derecho

público subjetivo en los ciudadanos, que imposibilita el cese de dicho destino, aunque sí permite su modificación. La inalienabilidad, pues, hace referencia al goce y no a la titularidad del dominio público. La indisponibilidad, por el contrario, hace referencia a la titularidad del dominio público.

B) En cuanto a la naturaleza jurídica de la inalienabilidad, se han dado de ella las siguientes interpretaciones:

a) La inalienabilidad como imposibilidad absoluta de transmitir (tesis de LAUBADÈRE).

b) La inalienabilidad como transmisión sólo posible previa desafectación (tesis de WALINE).

c) La inalienabilidad como imposibilidad de transmitir por los procedimientos de Derecho privado (tesis de MARTÍNEZ USEROS), quien en su trabajo *Improcedencia de servidumbre sobre dominio público* («Estudios en honor de García Oviedo», volumen I, pág. 166) dice: «Ha nacido la teoría del dominio público como un régimen jurídico peculiar de los bienes afectados al uso o al servicio público. Su principio sustancial es la inalienabilidad por los procedimientos de Derecho privado. El sentido de la limitación tiene bases obvias, ya que se establece en garantía de la permanencia de la afectación al fin público —de su uso o servicio— y la misma no excluye su compatibilidad con otros objetivos de análoga naturaleza. En consecuencia, se rechaza toda posible enajenación jusprivatista de los bienes de dominio público, habida cuenta del daño o peligro que pudiera entrañar a la afectación o destino al interés público, por lo cual no cabe el embargo de la hipoteca; pero sí es dada la existencia de derechos públicos subjetivos individuales, generados mediante instituciones de Derecho público (Concesiones), e incluso ha sido planteada, aunque generalmente resuelta de modo negativo, la posibilidad de expropiación de los bienes de dominio público, por virtud de un interés público considerado superior o prevalente a aquel a que estaba afecto».

d) La inalienabilidad garantiza la inseparabilidad de los bienes de la función pública manteniendo la titularidad administrativa (tesis de CLAVERO).

e) Idea que se mantiene. A la vista de nuestra Ley del Patrimonio, está claro que si la inalienabilidad se instrumenta como la exigencia de cumplir ciertos requisitos en el proceso de venta, tal cosa puede predicarse igualmente del dominio público y del dominio privado de la Administración. En efecto, la Ley del Patrimonio del Estado exige una

declaración de vendibilidad (art. 61: «La enajenación de los bienes inmuebles del Patrimonio del Estado requerirá declaración previa de la alienabilidad dictada por el Ministerio de Hacienda»). Con ello resulta que en el caso de dominio público este trámite se desdobra en dos: la desafectación y la declaración de alienabilidad propiamente dicha. Queda con ello probado que tampoco desde este punto de vista la regulación de la enajenación ofrece sino particularidades de matiz. En el caso del dominio público, con arreglo al artículo 120 de la Ley del Patrimonio, corresponde su desafectación a la Administración, mientras que una vez desafectados, solamente podrá venderlos la Administración si los bienes no alcanzan un valor de 20 millones de pesetas, debiendo recurrirse si se pasa de este valor nada menos que a una Ley, cosa aplicable al dominio privado. Bien es verdad que este artículo 62 de la Ley de Patrimonio ha suavizado lo dispuesto en el derogado artículo 6.º de la Ley de Contabilidad de 1 de julio de 1911, que exigía para la venta de los bienes patrimoniales una Ley en todo caso. Por cierto que, al respecto, CLAVERO ARÉVALO, en su ya citado trabajo, había opinado que la desafectación administrativa debería producirse con posterioridad a la Ley que decidiera la venta.

C) Se ha planteado también el problema de la validez jurídica de las enajenaciones de parcelas del dominio público, sin la previa desafectación. CLAVERO la resuelve en el sentido de la nulidad de las mismas, diciendo: «Esta consecuencia dogmática del juego de los principios jurídicos en las ventas del dominio público produce a su vez los siguientes efectos: 1.º, las enajenaciones de dominio público no pueden ser subsanadas con desafectaciones posteriores; 2.º, la Administración puede recobrar los bienes vendidos u oponer la excepción de dominio público en cualquier tiempo y no durante el plazo de cuatro años; 3.º, la nulidad puede ser pedida por terceros interesados y no sólo por la Administración».

Mas después añade: «Por ello parece lógico concluir que para las enajenaciones de los bienes públicos de toda clase debe mantenerse la nulidad; pero que el rigor de algunos de sus efectos podría suavizarse con rasgos de la anulabilidad para ciertos casos de enajenación de bienes que no pertenecieron al grupo del llamado dominio público natural, cuando así lo exigieran las ya por nosotros expuestas "circunstancias del caso"».

D) *Normativa.*

a) *Planteamiento.* Es preciso remontarse más atrás y recordar que el tratamiento legal del fenómeno de las enajenaciones de bienes por parte de los entes administrativos sufre, a través del tiempo, un movimiento pendular. Hay épocas en las que los criterios sociológicos dominantes imponen una disciplina restrictiva, se piensa que un amplio patrimonio de estos entes supone una ancha base para su Hacienda, lo que evitará que sean altos los impuestos. Hay otras épocas, por el contrario, en que esos mismos criterios exigen una venta, a veces en masa —las desamortizaciones— de esos bienes, pues se piensa que en manos de los entes territoriales —las llamadas «manos muertas»— tales riquezas están inmovilizadas, no producen, y hay que sacarlas de esas manos para que, ingresando en el torrente del tráfico, se vuelvan rentables y productivas. Las primeras son épocas conservadoras, las segundas son épocas revolucionarias. Y hay que reconocer que una y otra tendencia llevan su parte de razón.

Hay otras épocas, por último, en las que se tiene la sensatez de situar el fiel de la balanza en el centro y regular la venta de estos bienes, con un criterio intermedio que es, sin duda, el más acertado. Una de estas épocas es la actual en España. Lo que sucede es que tenemos la impresión de que, dadas las sectarias motivaciones con que en España se manifestó hace ya más de un siglo la desamortización, toda desamortización va a producirse en igual clima. Y esto es absolutamente equivocado. La verdad es que en España se está necesitando una nueva desamortización.

Convencido el legislador de esta evidencia, se ha percatado de que al conjunto de la economía nacional le interesa mucho más que el que esos bienes permanezcan indefinidamente en manos públicas, dando rentas ínfimas (para evitar —cosa que ya no evitan— una implantación de impuestos que es inexorablemente creciente), el que pasen a otras manos. Ello no supone, salvo casos excepcionales, que los Ayuntamientos u otros entes públicos se vean desprovistos de sus bienes fundiarios sin una justificación suficiente y sin una contraprestación en metálico, equivalente al valor actual de los bienes.

Lo que importa es advertir cómo en ese movimiento pendular de que se ha hablado hoy vivimos un momento de «estar de vuelta» de la idea antidesamortizadora; y sin incurrir en las demasías de las desamortizaciones, se piensa que un justo término medio es lo acertado; y desde luego se cree que mucho mejor que tener terrenos indefinidamente



valdíos o con producción bajísima, es tenerlos en el tráfico jurídico, produciendo altos beneficios a la economía nacional, mediante la implantación de servicios en el propio terreno, mediante la realización de urbanizaciones, etc.

Es importante señalar cuál es el punto de partida del estudio presente en este momento. Es éste: la enajenación de terrenos propiedad de entes públicos ha estado sujeta a una triple tensión: 1.<sup>a</sup> La establecida entre el principio de no alienabilidad y el principio contrario. 2.<sup>a</sup> La establecida entre la enajenación gratuita y la enajenación onerosa. 3.<sup>a</sup> Y la establecida entre la enajenación onerosa directa y la enajenación onerosa mediante subasta con sus tres ventajas: igualdad, limpieza y rentabilidad. La trayectoria histórica de los últimos cincuenta años va desde la prohibición de enajenar a la posibilidad de hacerlo; de la enajenación gratuita casi imposible de llevar a cabo, a la enajenación gratuita reglamentada desde luego, pero permitida; y de la venta mediante subasta a la venta directa. El cambio en el primer punto ha venido determinado por la evidencia de que al interés público conviene más que la permanencia en unas estériles manos muertas, una prudente puesta en tráfico de los bienes. La evolución en el segundo punto —mucho menos marcada, por cuanto ya se comprende que no hay por qué multiplicar los casos de cesión gratuita— está señalada, primero, por la conveniencia de facilitar la implantación de servicios públicos, que iban a ser costeados por otras entidades públicas que sólo exigían la cesión de terrenos, y después por la evidencia de que a los desheredados no había otro medio de facilitarles vivienda que la cesión gratuita de terrenos. El cambio en el tercer punto es una consecuencia obligada de la convicción —certísima— de que la oferta rígida que presenta el llamado mercado de terrenos, con sus precios necesariamente monopolísticos, sólo puede ser rota dando un salto fuera del círculo de hierro de las leyes del mercado e interviniendo en él con precios no venales. Esto sólo se logra suprimiendo la subasta.

b) Examinemos separadamente Administración local y central.

En la esfera local, veamos cómo se ha tratado el problema:

a') El artículo 189 de la Ley de Régimen Local dice: «Los bienes inmuebles de propios no podrán enajenarse, gravarse ni permutarse sin autorización del Ministerio de la Gobernación, previo informe del Ministerio de Hacienda, cuando su valor exceda del 25 por 100 del presupuesto anual de la Corporación... Tampoco podrán cederse gratuitamente, sino a entidades o instituciones públicas para fines que redunden en

beneficio de los habitantes del término municipal y previa autorización del mismo Ministerio. Se exceptúan de la aprobación del Ministerio las cesiones autorizadas por Leyes especiales».

El artículo 190 añade: «Las enajenaciones de bienes de propios así como las de los de dominio público desafectados al uso o servicio público en forma legal y autorizadas conforme al artículo 189, habrán de realizarse por subasta pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario».

El artículo 94 del Reglamento de Bienes repite prácticamente esta disciplina, añadiendo —tanto este artículo como el siguiente— diversas determinaciones para el caso de la cesión gratuita. Concretamente éstas: que no procede si los fines perseguidos se logran igual manteniendo el bien en manos públicas, y que hay que observar un complicadísimo expediente, alguno de cuyos puntos es prácticamente imposible (por no decir absolutamente imposible) de cumplir. Este expediente consta de: 1. Justificación del carácter público del cesionario, así como de que sus fines redundan en beneficio de los habitantes del término; 2. Certificación registral de que los bienes son del Ayuntamiento y de que fueron adquiridos a título gratuito, o si lo fueron a título oneroso, que han transcurrido más de treinta años desde la adquisición; 3. Certificación del Secretario de que los bienes están inventariados en la calificación de propios; 4. Idem del Interventor de que no hay deuda pendiente en el presupuesto ordinario, ni en los extraordinarios; 5. Dictamen técnico que asevere que los bienes no están sujetos a ningún plan de ordenación, reforma o adaptación, que no son necesarios para la entidad y que no es previsible que lo sean en los próximos diez años; 6. Por último, hace falta información pública por plazo de quince días, y acuerdo con el voto favorable de los dos terceras partes del número legal de miembros que integran la Corporación.

Por último, no hay que olvidar que el artículo 99 del Reglamento de Bienes dice: «En cualquier supuesto las enajenaciones de bienes cuyo valor exceda del 10 por 100 del presupuesto ordinario, deberán ser acordadas con el voto favorable de los dos terceras partes del número de hecho, y en todo caso de la mayoría absoluta legal de los miembros de la Corporación».

Deliberadamente se ha dejado para el final de la exposición de esta dura disciplina del Reglamento de Bienes el párrafo 2.º del artículo 96, que literalmente dice: «La cesión de solares al Instituto Nacional de la Vivienda, para construir viviendas de renta reducida, revestirá normal-

mente la forma de permuta de los terrenos, por el número equivalente de aquéllas que hubieren de edificarse, y cuando esto no fuere posible, la cesión gratuita no precisará el cumplimiento de los requisitos *d)* y *e)* del párrafo precedente».

Recordemos que estos requisitos son, precisamente, los más difíciles de cumplir: la certificación del Interventor de que no hay deudas pendientes y la certificación del Registro de que los bienes se adquirieron a título gratuito, o si lo fueron a título oneroso, fué con más de treinta años de autelación. Ha de tenerse esto en cuenta, por cuanto más adelante vamos a ver que estas excepciones del engorrosísimo expediente, establecidas a favor del Instituto Nacional de la Vivienda, fueron extendidas a la totalidad de los entes públicos que decidan construir viviendas, incluso a las Cámaras de la Propiedad, para su venta a los particulares.

*b')* Sobre este fondo básico vamos a colocar ahora las normas que han hablado antes o después de la Ley de Régimen Local de las enajenaciones de terrenos municipales, comenzando por la serie de previsiones de enajenación gratuita. Estas normas son:

*a'')* La Orden ministerial de 15 de octubre de 1938, que dispuso: «1. Las Diputaciones y Ayuntamientos quedan facultados para ceder terrenos gratuitamente o con un canon reducido a la Delegación Nacional de Auxilio Social, con objeto de que en ellos se instalen residencia-hogares de cumplidoras de servicio social, guarderías infantiles u otras instituciones análogas, dependientes de aquella Delegación. En todos estos casos el acuerdo corporativo no será perfecto sin la autorización del Ministerio».

*b'')* El Decreto de 16 de octubre de 1941 dispuso: «Se faculta a las Diputaciones o Ayuntamientos para dar a censo o ceder gratuitamente terrenos de su propiedad para la construcción de viviendas protegidas, y especialmente cuando se trate de proyectos a ejecutar por la Obra Sindical del Hogar, constituida en la Delegación Nacional de Sindicatos de F. E. T. y de las J. O. N. S.

Con tal fin quedan facultadas las Corporaciones locales para adquirir terrenos con destino a tales cesiones por los trámites de la expropiación forzosa, mediante aplicación de los preceptos que regulan la expropiación forzosa en las obras de utilidad pública».

*c'')* El Decreto de 20 de enero de 1950 ordenó: «Se faculta a las Diputaciones y Ayuntamientos para ceder gratuitamente, o con un ca-

non reducido, a la Delegación Nacional de Sindicatos bienes inmuebles de propios para el establecimiento por la Obra Sindical "Colonización" de granjas-escuelas o experimentales, huertos familiares, explotaciones agrícolas o sindicales, centros de experimentación o cualquiera otra instalación comprendida dentro de los fines sindicales o económicos de la referida Obra Sindical; debiendo, en todo caso, obtenerse la autorización previa del Ministerio de la Gobernación.

Quedan también autorizadas las Diputaciones y Ayuntamientos para adquirir terrenos o edificios con destino a las cesiones a que se refiere el artículo precedente, y para aplicar al efecto los preceptos que regulan la expropiación forzosa en las obras de utilidad pública».

d") Como última norma de esta serie figura la Orden de 21 de septiembre de 1955, que, tras un preámbulo —del que carecen las normas anteriores— alusivo a las muy restrictivas normas del Reglamento de Bienes, que citamos más arriba (con su complicadísimo expediente para las cesiones gratuitas), dice: «Sin embargo (obsérvese la conjunción adversativa, anunciadora de que lo que se va a decir a continuación se opone de algún modo a lo que se ha dicho), la promulgación de las normas de 15 de julio de 1954 y 24 de junio de 1955, sobre protección de viviendas de renta limitada, que ha venido a reforzar la constante iniciativa del Gobierno de fomentar en términos que deparen el máximo rendimiento, la construcción de edificaciones adecuadas a las necesidades de los españoles aconseja la coordinación de los preceptos del Reglamento de Bienes con la realidad que suscita esta política constructora... La Ley de 15 de julio de 1954 y el Reglamento de 24 de junio de 1955... permiten al Instituto Nacional de la Vivienda encargar la edificación a determinadas entidades oficiales (prácticamente a todos los entes públicos concebibles, incluso las Cámaras de la Propiedad, con viviendas destinadas a particulares, los Colegios profesionales y las Mutualidades y Montepíos), cuando se trate de atender necesidades graves y apremiantes y concurren las circunstancias que se precisan. Por consiguiente, resulta que es de interpretación lógica dispensar a las aludidas entidades, entre las que destaca, por la magnitud de sus proyectos, la Obra Sindical del Hogar, del cumplimiento de los requisitos de que se exceptúa al Instituto Nacional de la Vivienda, ya acometan las construcciones por iniciativa propia o porque se las encomienden aquéllos; todo ello sin perjuicio de las garantías mínimas exigidas para la recta administración del patrimonio de los Municipios y de las Provincias... Por ello, este

Ministerio ha tenido a bien declarar: 1. Que para dilucidar dudas, bastará con discriminar en la actividad promotora de la edificación de viviendas de renta limitada... el ámbito de los particulares y el de las entidades oficiales —de la lista que contiene el artículo 15 del Decreto de 24 de junio de 1955, sobre viviendas de renta limitada, todos los supuestos, menos los *a)*, *b)* y *k)*, son entidades oficiales, luego todos los promotores oficiales están acogidos a la presente Orden ministerial— 2. Serán de aplicación —prosigue la Orden ministerial— a la tramitación de cesiones a los organismos e instituciones públicas las excepciones *d)* y *e)* que indica el párrafo segundo del artículo 96 del Reglamento de Bienes. 3. El expediente se someterá con los demás documentos que preceptúa el párrafo primero del citado artículo al informe y autorización del Ministerio de la Gobernación. 4. De la misma forma se procederá para ceder terrenos, mediante precio a los organismos e instituciones públicas comprendidos en esta Orden, cuando no fuere practicable el procedimiento normal de permuta...».

*c')* Sistematización. Antes de entrar en el examen de las innovaciones de la Ley del Suelo, es conveniente hacer una recapitulación en cuanto afecta al mundo de las Corporaciones locales, que en este problema, como en tantos otros, es el más interesante.

Hay que distinguir:

*a')* Enajenación a título oneroso. Requiere siempre peritación de los bienes. Y si supera este valor el importe del 25 por 100 del presupuesto ordinario, requiere autorización previa del Ministerio. Si rebasa el 10 por 100 del propio presupuesto, requiere que el acuerdo se adopte con un *quorum* cualificado (dos tercios del número de concejales de hecho, y en todo caso, mayoría absoluta legal).

La muy elogiabile Orden ministerial de 21 de septiembre de 1955 incurrió en un grave error, sin embargo. Fué el decir en su artículo 4.º que la cesión mediante precio a entes públicos requiere un expediente igual al previsto en el artículo 95 del Reglamento de Bienes con elevación al Ministerio. Esto es absolutamente equivocado. Una Orden ministerial no tiene fuerza legal bastante para introducir una novedad así, tanto más irregular cuanto que exige tal expediente para las ventas «a los organismos e instituciones públicas», y no lo exige para las ventas a personas privadas (de hecho, el Ministerio lo viene exigiendo para toda clase de enajenaciones. Pero no por ello la corruptela es menos evidente).

Estas enajenaciones requieren, en principio, subasta pública. La incompatibilidad de la subasta con el tráfico de inmuebles para la construcción de viviendas es patente. Por ello se ha procurado superar dicho trámite de subasta; mas hasta la aparición de la Ley del Suelo —salvo contados supuestos— se ha venido entendiendo por el legislador español que enajenación a título oneroso equivalía a subasta pública, y que la única posibilidad de enajenación sin subasta era la establecida para cesiones gratuitas. Esto era, dogmática y prácticamente, equivocado, pues cabe perfectamente enajenar directamente por precio, bien venal, bien político.

b'') Enajenaciones a título gratuito. La Ley de Régimen Local sólo las concibe si son para entes públicos y previa autorización ministerial, salvo que una Ley exceptúe de esta autorización. Las normas sobre cesiones gratuitas, con una sola excepción, exigen esta autorización siempre. La excepción la constituye el Decreto de 16 de octubre de 1941, que autorizaba las cesiones «para la construcción de viviendas protegidas (sin puntualizar nada acerca de la persona del constructor)... y especialmente cuando se trate de proyectos a ejecutar por la Obra Sindical del Hogar».

Lo importante es constatar cómo aun antes de la aparición de la Ley del Suelo, la legislación local había sufrido un claro proceso de apertura. Nada más elocuente al respecto que la declaración de la Orden ministerial de 21 de septiembre de 1955 al acoplar el Reglamento de Bienes a la política de construcción de viviendas.

d') La gran novedad de la Ley del Suelo va a ser la generalización —la generalización teórica, por ahora— de un instituto poco practicado hasta la fecha: la enajenación directa por precio sin necesidad de subasta (es decir, los conceptos de enajenación directa y cesión gratuita van a quedar disociados). La Ley, además, va a introducir la posibilidad —que será regla general— de que las enajenaciones a título oneroso no necesiten autorización de Ministerio alguno.

La venta por precio, sin subasta, era conocida ya por la legislación central, concretamente en los casos de ventas de terrenos propiedad del Instituto Nacional de la Vivienda o de la Gerencia de Urbanización del Ministerio de la Vivienda. La Ley de Régimen Local conoce los casos excepcionales de la permuta, o de la venta de parcelas sobrantes a los colindantes, más alguna otra.

Se habrá observado que el único caso en que se admitía tal fenómeno (la venta directa por precio) está ubicado, precisamente, en la legislación

de urbanismo. La incompatibilidad de subasta y política de la construcción es patente. Esta incompatibilidad la va a recoger la Ley del Suelo.

Para lograr, sobre todo, irrumpir en el rígido mercado de solares, la Ley del Suelo ha previsto como arma máxima de creación de reservas de suelo urbanizado por mano pública, que concurriendo al mercado aumenten la oferta y hagan descender los precios.

La institución que logra tal cosa es la conocida por el nombre de Patrimonio Municipal del Suelo, regulando en los artículos 72 a 76 de la Ley de manera sencillísima, de modo que para su constitución basta con un acuerdo de la Corporación sin necesidad de que haya plan (como claramente se deduce «a contrario») del artículo 73 de la propia Ley.

Pues bien, si la finalidad del Patrimonio Municipal del Suelo es la dicha, se comprende que sólo pueda lograrse si las ventas se hacen sin subasta (si son con subasta, se alcanzarán automáticamente los precios de mercado), y mejor aún, si se hacen por precio político o gratuitamente. En efecto, ese es el enfoque que da la Ley al presente instituto. Examinémoslo.

El Patrimonio, que ha sido creado en los artículos 72 a 76 de la Ley del Suelo, ve regulada su actuación en los artículos 152 a 156 para la cesión de terrenos, y 157 a 161 para la cesión de derechos de superficie.

La disciplina es la siguiente:

a<sup>o</sup>) La cesión de terrenos:

a<sup>o</sup>) La cesión gratuita o por precio político.

Requiere que se destinen a fines culturales públicos o a viviendas ultraeconómicas. Deberá ser autorizada por el Ministro de la Gobernación, previo informe de la Comisión Central de Urbanismo.

Entendemos que no hay que instruir el expediente del artículo 96 del Reglamento de Bienes, puesto que aquí el único dato que aún quedaba en pie después de la Orden ministerial de 21 de septiembre de 1955 es el relativo al certificado de que los terrenos no están sujetos a plan y tal certificado aquí no tendría sentido.

b<sup>o</sup>) La cesión a título oneroso (en ningún caso necesita autorización):

a<sup>o</sup>) Mediante subasta:

Según el artículo 154 de la Ley del Suelo, es la regla general más en realidad excepcional.

b''') Sin subasta :

Aunque se configura como régimen de excepción, es, en realidad, normal. Cabe en tres supuestos :

a''''') Caso de haberse celebrado una subasta desierta (frente a la regla general que requiere para el concierto directo que las subastas fracasadas han sido dos).

b''''') Enajenaciones de carácter oficial :

Para organismos oficiales, para viviendas de sus empleados o para sus instalaciones propias.

Para edificios de servicio al público, privados o públicos.

c''''') Enajenaciones de carácter social :

Para entidades benéficas o sociales para construir viviendas económicas o de renta limitada.

Para personas económicamente débiles para su acceso a la pequeña propiedad.

En cualquiera de los tres casos se han de cumplir ciertos trámites, especialmente en la Comisión Central de Urbanismo, y de los cuales hablan los artículos 154 y 155 de la Ley del Suelo.

b'') La cesión del derecho de superficie.

Debe citarse ante todo, para los efectos de este estudio, que el derecho de que se va a hablar puede ser cedido en las mismas condiciones que acaban de ser vistas. Esto es, no se necesita autorización ministerial nunca, se puede enajenar a título gratuito en los casos vistos y a título oneroso en los casos vistos también, unas veces con y otras sin subasta.

Se comprende que la cesión del derecho de superficie tenga —pueda tener, mejor dicho— una gran importancia para el logro de un abaratamiento de terrenos. Desgraciadamente, no está siendo apenas utilizado. En cuanto a la política de agilitación de normas relativas a la puesta en circulación de terrenos públicos, también este instituto representa una nueva brecha abierta en el monoclítico muro de la intransmisibilidad a toda costa.

E) *Esfera central.*

a) Planteamiento. En la esfera central se está sufriendo un proceso análogo, dada la anomalía, de la que España es ejemplo único, de que aquí el Estado se ha erigido en realizador material de la actividad urbanizadora.



Esta actividad la llevan a cabo tres organismos: el I. N. V., la Gerencia de Urbanización y la Comisión del Area Metropolitana de Madrid. Los tres se dedican a la enajenación de terrenos y forzosamente han de hacerlo con criterios en cuanto a la determinación del comprador y señalamiento de precios, de gran apertura.

Así, el Decreto de 17 de mayo de 1962 regula la venta de terrenos por el I. N. V. con criterios que nada tienen que ver con los de la vieja alienabilidad de los bienes en mano pública (art. 2 del Decreto, regulador de numerosos casos de venta sin subasta a Patronatos de Viviendas, Sindicatos, Cooperativas, Entidades benéficas y Empresas que construyan viviendas para su personal).

Así, el Decreto de 5 de junio de 1963, regulador de la venta de parcelas por la Gerencia y la Comisaría de O. U. de Madrid, que autoriza a venta directa de terrenos para servicios para el público, o a Empresas para su personal, o a Entidades benéficas, o cuando la petición tiene marcado interés social, o ha de satisfacer necesidades urgentes de este mismo carácter o a Corporaciones, o a Patronatos oficiales, a Sindicatos, o para instalaciones industriales «cuando en las peticiones concurren circunstancias que así lo aconsejen».

Así, el Decreto-Ley de 1 de julio de 1965, que autorizó a la Comisión de Urbanismo de Madrid «para la venta directa de terrenos a Organismos, Empresas y particulares que hayan de construir viviendas del Plan y cuyos proyectos cuenten con la aprobación de la Comisión Provincial de Urbanismo». Como se ve aquí, la apertura es máxima: se puede enajenar directamente —aunque no se dice gratuitamente— en todos los casos; sólo es preciso que el proyecto de construcción cuente con la aprobación de la Comisión Provincial de Urbanismo.

#### F) *La naturaleza jurídica de estos Patrimonios.*

a) *Esfera local.* Al respecto, BOQUERA OLIVER, en *El Patrimonio Municipal del Suelo* (Conferencia pronunciada en el Instituto de Estudios de Administración Local, págs. 11 y sigs.) dice:

«Cuando la regulación de algún conjunto de bienes pertenecientes a las entidades municipales suscita problemas, el jurista intenta de manera inmediata y casi instintiva colocarlo en una de las dos grandes categorías jurídicas en que la Ley de Régimen Local divide a los bienes municipales: bienes de dominio público y bienes patrimoniales.

Pensaremos primero con el fin del bien y después en su régimen ju-

ridico y no viceversa. Este es el punto de partida adecuado para adentrarnos en el estudio de la naturaleza jurídica de los bienes que constituyen el patrimonio municipal del suelo. No diremos que estos bienes no pueden ser de dominio público porque son enajenables, sino que averiguaremos cuál es su finalidad, y de ella deduciremos si son de dominio público o patrimoniales.

Los bienes que integran el patrimonio municipal del suelo están evidentemente destinados al cumplimiento de un fin de interés público —“prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones”— y, por consiguiente, deben ser calificados de bienes de dominio público.

Si son bienes de dominio público, ¿deben someterse al régimen jurídico que la propia Ley de Régimen Local establece para los bienes de dominio público? Esta es la cuestión. La delicada cuestión. Porque, si contestamos afirmativamente, convertiremos a los bienes del patrimonio del suelo en inalienables, imprescriptibles e inembargables, cuando por su propia razón de existir deben ser vendidos, y si lo hacemos negativamente, quedarán regulados por el escaso número de preceptos que la Ley del Suelo les dedica y que no permiten resolver el cúmulo de cuestiones que en relación con ellos pueden presentarse. Lo que no cabe es aplicarles el régimen de los bienes de propios, puesto que éstos no están afectados a un fin de interés público y el patrimonio de suelo sí lo está. De tal manera que si les aplicáramos los principios que rigen los bienes de propios, por ejemplo, su posibilidad de ser enajenados para obtener dinero con independencia del fin a que el comprador los destine, perjudicaríamos la finalidad a que deben atender.

En realidad, nos hemos situado ante una disyuntiva que no existe. La calificación de un bien como de dominio público municipal no comporta necesariamente la aplicación al mismo de la totalidad del régimen jurídico que los bienes de dominio público de los Municipios establece la Ley de Régimen Local y su Reglamento de Bienes.

Este último es el caso del patrimonio municipal del suelo. Lo constituyen bienes de dominio público porque su fin es de interés público y éste exige todas las características jurídicas que la Ley de Régimen Local atribuye a los bienes de aquella naturaleza, incluso la de la inalienabilidad, pero con una excepción a esta nota del régimen del dominio público, necesaria para que cumplan su fin: la enajenación de los bienes para prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones.

La inalienabilidad del patrimonio del suelo, salvo para edificar y ejecutar el Plan de Ordenación, determina que aquella nota opere en todos los demás casos, que son muchos, verdaderamente.

Lo que no parece correcto es deducir de dicha excepción legal a la inalienabilidad que los bienes del patrimonio municipal de suelo no son de dominio público.»

Suscribimos la tesis precedente.

Mas le hubiera sido muy sencillo al Profesor BOQUERA llegar a esta solución por un camino mucho más recto: El artículo 3.º del R. B. dice que los inmuebles adquiridos para realizar planes de ordenación urbana tendrán la consideración de bienes de uso público a partir del momento en que se perfeccionare la transmisión... si hubieren de quedar destinados a algún uso público (cosa que hasta la aprobación posterior del plan parcial se ignora, por lo que todos en potencia lo son).

b) Naturaleza jurídica en la esfera central.

La Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, en su artículo 1.º define el Patrimonio como los bienes de propiedad del Estado que no son demaniales, y en su artículo 61 prevé la enajenación de bienes previa declaración de alienabilidad dictada por el Ministerio de Hacienda. Según el artículo 63, esta enajenación es efectuada normalmente mediante subasta, «salvo cuando el Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, acuerde su enajenación directa». Y el artículo 73 dice: «Los bienes del patrimonio del Estado, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán cederse por el Gobierno gratuitamente para fines de utilidad pública o de interés social».

Son de utilidad pública las cesiones a organismos urbanísticos del Estado, para uso general o de servicios.

Son de interés social las cesiones a Beneficencia, Iglesia, Movimiento y Organización Sindical.

También se pueden ceder a Entidades locales, para que éstas, a su vez, cumplan con los bienes «sus fines». Cláusula ésta cuya amplitud no es preciso señalar.

Con ello vemos cómo los bienes del Patrimonio, previa una desafectación de grado menor —la declaración ministerial de vendibilidad— pueden ser enajenados incluso a título gratuito.

Pero no son éstos los bienes de que queríamos hablar. Los que interesan ahora, puesto que estamos tratando del dominio público, son los bienes de los organismos autónomos dedicados precisamente a la venta

de terrenos y a los cuales alude la propia Ley del Patrimonio del Estado en sus artículos 6.º y 85. En efecto, según estos artículos, el Inventario de Bienes del Estado comprenderá los de los Organismos autónomos, «sin otra excepción de aquella que hayan sido adquiridos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares» (clara determinación de que estos bienes sólo son patrimonio estatal de un modo *sui generis* y anunciadora de un diverso régimen jurídico), y además los artículos 84 y 85 aclaran: «Los inmuebles de Organismos autónomos no necesarios para el cumplimiento directo de sus fines, se incorporarán al Patrimonio del Estado. Más se exceptúan de ello, y en consecuencia podrán ser enajenados por los Organismos autónomos los bienes adquiridos por los mismos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico de acuerdo con sus fines peculiares».

De aquí se deduce clarísimamente que los bienes en venta de los tres Organismos autónomos dedicados «profesionalmente» a la venta de terrenos, no integran el Patrimonio del Estado. Si son bienes en mano pública y no están sujetos al régimen de la Ley del Patrimonio del Estado, que sí acoge a los bienes de estos Organismos en cuanto no sean vendibles, es que son bienes, también, como acabamos de ver para el Patrimonio Municipal del Suelo, de dominio público.

¿Qué sucede con este dominio público? Sencillamente esto: que es un dominio público cuya afectación es ser enajenado. Y no es preciso ahora una desafectación previa. Lo que se vende es dominio público, parcelas del mismo, que en el momento de la enajenación aún están integrándolo. Una desafectación es imposible. Es decir, hasta ahora el problema residía en saber si cabía o no la desafectación fáctica. Pero siempre se creía necesaria dicha desafectación. Ahora cambia también este dato.

¿Son realmente estas parcelas dominio público? A nuestro juicio sí. E interesa además que lo sean. Con ello se logra para las mismas, en tanto se enajenan, una mayor defensa (concretamente se logra aplicar a ellas la acción de oficio para su recuperación por un plazo mayor que el del año consagrado para el dominio privado). Estamos ante una motivación puramente táctica, pero suficiente. Y con ello llegamos a la verdadera y última consideración de la *ratio* del régimen demanial. Esta *ratio* no es otra que la fijación de una táctica para su defensa. ¿El destino de los bienes —esto es, la afectación—, justifica una táctica —esto

es, el régimen jurídico— más vigorosa? Pues incluyámoslos entre los de dominio público.

## 7.—CONCLUSIONES.

Podemos establecer las siguientes conclusiones:

El dominio público es el conjunto de bienes sobre los que la Administración ejerce una especial potestad en base al destino público que tales bienes cumplen. Tradicionalmente se ha pensado que tal especial potestad era un derecho de propiedad potenciado. Pero de un atento examen de la cuestión es fácil deducir que tal potenciación es falsa, y ello a la vista de las diversas normas, cuyo examen una a una demuestra que los pretendidos privilegios del dominio o son comunes a otros tipos de propiedad (la desafectación), o son irrealizables (la imprescriptibilidad), o son inexistentes (la acción de oficio en el planteamiento registral), o son incompatibles con la afectación (la inalienabilidad en el planteamiento urbanístico).

Todo ello nos lleva a las siguientes tesis:

a) De carácter formal legislativo. Es absurdo que haya una diversa regulación para la esfera central y para la local de una materia dogmáticamente unitaria, para la que no hay razón sociológica alguna que postule esta diversidad.

b) De carácter metodológico. La evidencia de cómo una institución tan afanosa y solemnemente estructurada presenta grietas constantes si se insiste en estudiarla con esa rigidez que hemos calificado como impropia en absoluto del Derecho administrativo. Tal como decíamos al comienzo, las instituciones administrativas se presentan frente a sus homónimas civiles con una labilidad, una apertura, una agilidad desconocidas en aquéllas. Un caso evidente es el de la propiedad fundiaria en mano pública.

c) De carácter de *lege ferendas*. La conveniencia de dar un tratamiento legislativo más realista a la presente institución, y ello del modo siguiente:

a') La conveniencia de fijar en un plazo largo —sesenta o cien años— el de la usucapión en contra de la Administración.

b') Al propio tiempo la necesidad de atribuir a la Administración durante ese tiempo todas sus potestades de oficio.

c') También señalamos la conveniencia de dar un tratamiento unitario a todos los bienes de la Administración. De hecho, hoy nuestra Ley del Patrimonio, exigiendo la declaración previa de vendibilidad para el dominio privado y hablando de la desafectación del mismo para promover las permutas, está pensando —correctamente por cierto— en una afectación de rango menor para este dominio privado en manos de la Administración. En esta línea se debe proseguir y universalizar los privilegios —a sus justos límites reducidos— de la relación jurídica dominical en mano administrativa.

# JURISPRUDENCIA

