

LA CONCESION DE MARISMAS Y EL ARTICULO 126 DE LA LEY DEL PATRIMONIO DEL ESTADO *

POR

LUIS MORELL OCAÑA

SUMARIO: I. CREACIÓN NORMATIVA ABSTRACTO-DEDUCTIVA, FRENTE A LA REALIDAD JURÍDICA PLÚRIMA. EL CASO DE LAS LEYES DE CONTRATOS Y PATRIMONIO DEL ESTADO.—II. LA TENDENCIA QUE CONSIDERA LAS MARISMAS COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y LA CONCESIÓN DE MARISMAS, CONCESIÓN DEMANIAL: A) *Las marismas, una específica categoría de bienes demaniales*: 1. Las marismas, bienes de dominio público. Crítica inicial de esta tesis desde los propios supuestos en que se apoya: a) El carácter de propiedad puramente privada que tienen las marismas que radican en terrenos de particulares. b) Los supuestos en los que el engarce teleológico entre desecación y utilidad pública no se da. 2. La concesión de marismas, concesión demanial. B) *La confusión entre las marismas y otras especies del dominio público hídrico: sus consecuencias*: 1. El supuesto de hecho: confusión, en el plano de la realidad física, entre marisma y mar litoral, zona marítimo-terrestre y cauce de un río. 2. La configuración en estos casos de la concesión de marismas como concesión demanial: a) Confusión o tangencia entre marisma y mar litoral. b) Confusión o tangencia entre la marisma y la zona marítimo-terrestre. c) Confusión o tangencia entre la marisma y el cauce de un río.—III. EL IMPACTO DEL ARTÍCULO 126 DE LA LEY DEL PATRIMONIO DEL ESTADO.—IV. EL CONCEPTO DE MARISMA EN EL DERECHO POSITIVO: A) *El concepto en la Ley CAMBÓ y la significación de esta Ley en el conjunto de normas reguladoras de la institución*: 1. La noción de marisma en la Ley de 24 de julio de 1918. 2. Distinción entre marisma y zona marítimo-terrestre: a) Concepto de zona marítimo-terrestre. b) Concepto de marisma. c) Reconocimiento de la distinción por el Tribunal Supremo: Sentencia de 28 de enero de 1878. 3. Otros argumentos derivados de la Ley de 1918 en contra de la tesis de la demanialidad: a) El beneficio de expropiación, en favor del concesionario. b) Las distinciones de la Ley según la titularidad del terreno. 4. El significado de la Ley CAMBÓ en el conjunto de normas reguladoras de las marismas. B) *Argumentos derivados del concepto legal de dominio público*.—V. LA VERDADERA NATURALEZA DE LAS MARISMAS, DEDUCIDA DEL ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN: A) *Marismas y bienes baldíos*: 1. Trayectoria histórica de la legislación de baldíos. 2. Consecuencia: propiedad privada y propiedad comunal. B) *Baldíos y legislación de mostrencos: la posibilidad de propiedad estatal*. C) *Consecuencias de la doble acción de la legalidad de baldíos y mostrencos: marismas de particulares, de Corporaciones locales y del Estado*. D) *Recapitulación: las marismas, un supuesto de propiedad privada, aunque su titular sea el Estado*. VI. LA CONCESIÓN DE MARISMAS, CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA: A) *La naturaleza de esta concesión en la Ley CAMBÓ*. B) *La doctrina sentada por el Consejo de Estado en su dic-*

* El texto de este trabajo es el preparado para una intervención oral y queda incluido en otro más amplio sobre *La concesión de marismas*, que espero publicar en breve; en él se incluyen las notas correspondientes a esta parte.

tamen de 14 de julio de 1964. C) *La naturaleza de concesión de obra pública, deducida de su objeto.*—VII. SIGNIFICADO DEL PLAZO DE DURACIÓN EN LA CONCESIÓN DE MARISMAS.—VIII. EL PROBLEMA DE LA REVERSIÓN: INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 126 DE LA LEY DE PATRIMONIO DEL ESTADO A LA CONCESIÓN DE MARISMAS: A) *Planteamiento*: 1. La reversión en la Ley de Marismas. 2. El artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado. B) *La doctrina sentada por el Tribunal Supremo. Crítica.* C) *Conclusión.*

I

CREACIÓN NORMATIVA ABSTRACTO-DEDUCTIVA FRENTE A LA REALIDAD JURÍDICA PLÚRIMA. EL CASO DE LAS LEYES DE CONTRATOS Y PATRIMONIO DEL ESTADO

No sería quizá exagerado afirmar que en el ordenamiento jurídico del Estado contemporáneo, o, por decirlo con expresión más exacta al modo de Hermann HELLER, que en la realidad normada que nos ofrece cualquier Estado de nuestros días, se produce una constante tensión, un inacabable conflicto, entre los problemas vivos y sus mismas soluciones —que nacen de realidades hondamente arraigadas— y la creación abstracta, clasificadora y dogmatizante de figuras y categorías jurídicas que brotan a diario de las manos del legislador, que aparece metódica e implacablemente en las páginas de los diarios oficiales.

No podría afirmarse con certeza que el Derecho es una creación espontánea de la comunidad, que va creando a lo largo de la historia sus propias instituciones y sus modos específicos de responder a los conflictos que plantea la convivencia social. El Derecho es también producto de una racionalización planeada sobre una determinada realidad social; es también resultado, ya de operaciones de síntesis de casos o supuestos heterogéneos o desconectados, reducidos a unidad por la norma, ya de procesos meramente deductivos realizados a partir de ciertos principios que se toman como válidos; o, si se quiere, como hipótesis, desde las que se cuelga toda la red normativa.

Valgan estas palabras preliminares para situarnos ante un problema tan actual como polémico, que refleja ejemplarmente esta tensión a la que antes se aludía entre la creación normativa, abstracta, simplificadora, sintética y deductiva y la realidad social, e incluso —¿por qué no?— también normada, singularizada, plúrima, que se resiste al intento de ser encuadrada en moldes o categorías abstractas y generales.

Me refiero —y éste es el objeto de la presente lección— al impacto que sobre instituciones jurídicas ya muy perfiladas por la normativa an-

terior y su aplicación por los Tribunales, han producido dos cuerpos legales que pueden tomarse como ejemplos de la creación normativa-abstracto-deductiva a la que antes trataba de caracterizar: la Ley del Patrimonio del Estado y la Ley de Contratos del Estado, producidas en fechas —como se sabe— muy seguidas: 15 de abril de 1964, la primera; 8 de abril de 1965, la segunda. Ambos textos legales, cuyos proyectos fueron elaborados por el Ministerio de Hacienda —lo cual les matiza de una perspectiva determinada— responden muy justamente al modelo abstracto de creación normativa: no hay referencia apenas a materias concretas, a figuras jurídicas determinadas, sino empeño creador de categorías jurídicas típicas, que puedan servir de modelo conformador de la varia y múltiple gama de situaciones jurídicas singulares que puede ofrecer la realidad.

Es, en este sentido, símbolo y resumen de este proceso de abstracción normativa, la configuración legal del contrato administrativo de gestión de servicios públicos; figura en la que, estérilmente, pretende encuadrarse nada menos que a todas las concesiones administrativas cuyo objeto sea un servicio público. Pretensión —repetimos— inútil, puesto que la variedad de los servicios que la Administración puede encomendar es tal, que cada uno de ellos postula para sí una normativa propia, adecuada a las exigencias de esa realidad, más que a las exigencias impuestas por el legislador general. La concesión administrativa es una figura que —sin perjuicio de ver en ella el lado contractual— trasciende con mucho, a nuestro juicio, del marco del ordenamiento contractual y queda situada, por derecho propio, fuera de su órbita. Más aún, si bajo el concepto “concesión de servicio público” se pretenden encuadrar concesiones que sólo en un cierto aspecto lo son de servicio público, puesto que combinan en unión indisoluble elementos propios de la concesión de dominio público y de la de servicio público, además de elementos contractuales de otra de las figuras jurídicas definidas y descritas en la Ley de Contratos del Estado —aquí con una mayor justeza— el contrato de obra. Una combinación de elementos tan varios sólo puede entenderse trascendiendo el marco contractual y resucitando una tradicional y sabrosa figura jurídica nacida y desarrollada a lo largo del pasado siglo: la concesión de obra pública; figura que va a jugar un papel muy importante a lo largo de esta lección.

Al igual que la Ley de Contratos del Estado, la Ley del Patrimonio del Estado también se deja llevar de esta intención generalizadora y en los escasos, laterales e injustificados preceptos que dedica al dominio

público pretende ofrecer un esquema ordenador de las concesiones demaniales; pretensión que es realmente no sólo ambiciosa, sino incoherente con el título bajo el que milita el capítulo correspondiente. El título —título IV de la Ley— se refiere a la “Competencia del Ministerio de Hacienda en relación con el dominio público”, y el capítulo III de dicho título pretende establecer —como decíamos— todo el esquema de ordenación de las concesiones de dominio público, bien por sí (estableciendo preceptos materiales de ordenación), bien por remisión a unas futuras “condiciones generales que habrán de regir para toda clase de concesiones o autorizaciones sobre el dominio público”. Así que, conforme a esta remisión de la Ley del Patrimonio del Estado, “los Ministerios competentes y previo informe del de Hacienda” habrán de formular las condiciones generales de las concesiones de aguas públicas terrestres, o de terrenos de la zona marítimo terrestre, o de las minas, o de los hidrocarburos, o de las aguas del mar litoral, o del subsuelo del mar, o de las carreteras en régimen de peaje, o de los puertos, etc. Todo tipo de utilización privativa de los bienes demaniales ha de determinarse, previo informe del Ministerio de Hacienda (cuya intervención en problemas tan ajenos a sus específicas competencias difícilmente puede justificarse), en estas futuras “condiciones generales” que la concesión demande.

A través de este proceso de abstracción y simplificación —bien lejana a la problemática propia de cada una de dichas materias— podría llegarse a decir, no sin fundamento, que toda la legislación especial, toda la llamada “materia administrativa”, o al menos una buena parte de ella, no es más que un apéndice, un desarrollo de un determinado precepto de la Ley del Patrimonio del Estado. Pocas veces se habrá llegado a secar tanto todas las posibilidades que la realidad jurídica encierra.

Pues bien, en ese mismo precepto de la Ley del Patrimonio —que marca un hito en nuestra historia legislativa —se contiene también, junto a esa remisión a una futura normación por las condiciones generales, la regulación directa e inmediata de un aspecto trascendental en toda concesión administrativa: el que se refiere al plazo de duración. Así, según dicho artículo 126, “el plazo de duración no podrá exceder de noventa y nueve años, a no ser que las Leyes especiales señalen otro menor”.

La abstracción del precepto no llega a percibir la dificultad que encierra el futuro otorgamiento de concesiones que, por su naturaleza y por su historia, han venido siempre teniendo el carácter de perpetuas:

como, v. gr.: las concesiones de aguas en favor de los propietarios de las tierras. ¿Quiere decirse en ese precepto que al término de la concesión, los hasta entonces regantes quedan sin posibilidad de disfrutar de las aguas? ¿Qué sentido tiene hablar en tales casos de una “reversión” del bien concedido, cuando la titularidad de las tierras, a las que de algún modo estaba adscrita el agua, sigue en las manos de sus anteriores propietarios?

Pues bien, hemos arribado —después de esta introducción larga pero ciertamente necesaria para esclarecer cuanto vamos a decir— a parajes ya cercanos al objeto de nuestro estudio. ¿Cómo se conjuga la existencia de este precepto legal —el artículo 126 de la Ley del Patrimonio— con la normativa propia de la concesión de marismas, en la que se prevé específicamente la perpetuidad o, más exactamente, la irreversión del objeto concesional? ¿Tienen que devolverse a la Administración del Estado, al cabo de noventa y nueve años, los terrenos objeto en su día de concesión y que han sido desecados, saneados y disfrutados por el concesionario?

Este es el objeto capital de nuestra investigación, el *quid iuris*. Pero antes de dar cumplida respuesta a esta cuestión, debemos preguntarnos, pues ello es la premisa necesaria para dar aplicación a tan repetido precepto de la Ley del Patrimonio del Estado, si las concesiones de marismas son en realidad concesiones de dominio público y, más primariamente, si las marismas constituyen bienes demaniales del Estado; y a ello vamos a dedicar, en primer término, nuestra atención.

II

LA TENDENCIA QUE CONSIDERA LAS MARISMAS COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO, Y LA CONCESIÓN DE MARISMAS, CONCESIÓN DEMANIAL

A) *Las marismas, una específica categoría de bienes demaniales.*

1. *Las marismas, bienes de dominio público. Crítica inicial de esta tesis, desde los propios supuestos en que se apoya.*

Hay una tendencia, claramente puesta de manifiesto en ocasiones, que toma como punto de partida, a la hora de solventar la problemática que plantean las marismas, la afirmación de que las marismas son bienes

demaniales y, consiguientemente, la concesión de marismas es una concesión demanial.

Cierto que, en algunos casos, la propia realidad hace preciso que quede reconocida la posibilidad de que existan terrenos pantanosos o marismeños de propiedad particular; así, en el dictamen del Consejo de Estado de 3 de noviembre de 1960 (expediente núm. 26.705), o en el de 30 de junio de 1967 (expediente núm. 33.885). Ahora bien, cuando se trata de terrenos que pertenecen al Estado, no se dudará en afirmar la naturaleza demanial de las marismas. El dictamen de 14 de diciembre de 1949 sienta la doctrina general al respecto :

“Existen bienes a los que la calificación de dominio público se otorga artificialmente, buscando nada más que la dirección administrativa de su aprovechamiento por los particulares, por lo mismo que dicho aprovechamiento interesa de modo especial y por consideraciones normalmente de política económica a la utilidad pública, a la que quedan de ese modo afectados (es notoria la diferencia con los supuestos normales de dominio público, en que la afectación a la utilidad pública resulta de la destinación natural a necesidades del servicio público, como, por ejemplo, carreteras, ferrocarriles, fortificaciones, puertos, etc.). El supuesto es bien conocido en nuestras leyes : saneamiento de pantanos, lagunas, marismas y terrenos pantanosos.”

Así, pues, las marismas —al menos las que son propiedad del Estado— vendrían a ser bienes demaniales en virtud de la necesidad que la Administración tiene de disponer de un título legitimante de la dirección administrativa de su aprovechamiento por los particulares; esto es, de ordenar y dirigir las tareas de su desecación. Por supuesto, se trataría de un caso típico de dominio público natural, ya que la cualidad de marismas la ostenta un terreno en virtud, precisamente, de ciertos caracteres físicos, cuya exégesis no interesa ahora, pero sobre los que se insistirá más adelante. En todo caso, podrían subsidiariamente constituir las marismas un supuesto de bienes demaniales en atención a estar destinados “al fomento de la riqueza nacional” (art. 339 del Código Civil).

Respecto del carácter de utilidad pública o general que tiene la desecación de este tipo de terrenos, no parece que se pueda suscitar la menor duda; sobre todo si se contempla, aunque sea superficialmente,

el razonamiento empleado por el legislador en los textos promulgados *ad hoc*. Así, en la exposición del Gobierno, que precede al proyecto remitido a las Cortes, que se convertiría en la Ley de 24 de julio de 1918, se afirma :

“Deber primordial de todo Gobierno es preocuparse de sacar todo el provecho posible de los recursos naturales del suelo y del subsuelo del país, y en lo relativo a la producción agraria es tan importante la conversión del secano en regadío como la de intensificar la producción en aquél y lograr poner en plena producción todas aquellas tierras incultas en las cuales el agricultor no puede hacerlas producir por circunstancias especiales que hacen antieconómicos los esfuerzos de su trabajo.

A remover, pues, los obstáculos para que el trabajo sea remunerador, y esas tierras incultas, convenientemente preparadas, contribuyan a aumentar la riqueza del país hasta donde sea posible, se dirige el presente Proyecto de Ley de desecación de lagunas, marismas y terrenos pantanosos o encharcadizos.

Con la enumeración dicha queda bien clara la naturaleza de aquellos terrenos que, invadidos por las aguas del mar o por las aguas dulces de los ríos o desagües de riegos, constituyen hoy extensas superficies de intensos focos de infección y de paludismo que conviene a todo trance sanear, no sólo en bien de la salubridad pública, sino que también para acrecer la zona agrícola, aumentando las superficies de producción, que de incultas pueden pasar a ser tierras feraces...

La Ley de Aguas vigente, en su capítulo VII, ya proveyó a aquella necesidad dando facilidades a los propietarios para que pudieran sanearlos y devolverlos al cultivo agrario permanente, pero la práctica demostró la insuficiencia e ineficacia de aquellas provisiones, y por ello... es indispensable una más activa acción de gobierno, un mayor concurso del Estado, para que aquellos encharcadizos, terrenos pantanosos, marismas y lagunas puedan desecarse primero, drenarse, si fuera preciso, y roturarse después para dedicarlos al cultivo agrario permanente.

Y ello en superficies por lo menos de 250 hectáreas de extensión requiere emprender obras en gran escala y de importancia que el particular raras veces podrá emprender, por lo que es indispensable estimular el interés colectivo dándole las condiciones legales para una acertada expropiación, para ayudar luego econó-

micamente la obra y conceder después las necesarias exenciones tributarias para que las empresas al crear una importante y nueva riqueza puedan consolidar su obra y obtengan luego legítimas ganancias, sin las cuales no es posible el planteamiento de ninguna mejora.

Con ellas y el aumento de riqueza, que sería su consecuencia inmediata, vería el Estado en pocos años muy recompensadas las ayudas que a ello dedicare en beneficio general del país y de la Hacienda Pública.”

Ahora bien, sorprenden en este planteamiento dos hechos, a los que el mismo no ofrece una adecuada respuesta :

a) *El carácter de propiedad puramente privada que tienen las marismas que radican en terrenos de particulares.*

Es decir, cuando una marisma no está situada en terrenos de propiedad del Estado, sino de un particular, todos los argumentos de utilidad pública siguen en pie; y, sin embargo, el legislador y la jurisprudencia (ya hemos observado que también el Consejo de Estado) reconocen invariablemente el carácter de propiedad privada en estas marismas. Así, en los artículos 60 a 69 de la vigente Ley de Aguas, en los que se toma como distinción fundamental —al regular la desecación de este tipo de terrenos— la del titular de la tierra a desecar: los artículos 60 a 65 regulan el supuesto de propiedad particular, y los 65, 66 y 67, el de propiedad de entidades públicas.

De este modo, puede comprobarse que el argumento de la utilidad general de la desecación —y de la conveniencia de la dirección administrativa de estas tareas— carece de una virtualidad organizatoria general; y que, en todo caso, quedará constreñido a los terrenos que son propiedad del Estado: sólo respecto de ellos, tal utilidad general (de la desecación) arrastraría como consecuencia la declaración como demaniales de las marismas del Estado.

No cabe duda, entonces, que nos encontramos muy distantes de hipótesis que parecen asemejarse a la nuestra: así, la del demanio minero, en la que ciertos bienes, definidos por sus caracteres físicos, son demaniales en virtud de su dedicación al fomento de la riqueza nacional, y, de este modo, puede darse una dirección administrativa de los trabajos de explotación. Realmente, el supuesto y las consecuencias parecen bastante distintos del caso que ahora nos ocupa.

b) *Los supuestos en los que el engarce teleológico entre desecación y utilidad pública no se da.*

Es decir, aquellos casos en los que la desecación no significa una aportación positiva al interés general; incluso éste aparece mejor cumplido con el mantenimiento de los terrenos pantanosos o marismenos en su condición física de tales. Conocidos son, en efecto, los efectos beneficiosos que las marismas pueden albergar en casos determinados, bien por el tipo de aprovechamientos de que las mismas son susceptibles, bien porque su desecación alterará el equilibrio biológico de la zona. Es decir, no sólo desaparece la finalidad de fomento de la agricultura y se obvia o no existe el peligro que para la salud pública puede significar la conservación de la marisma, sino que es la propia conservación la que adquiere el carácter de utilidad pública. Precisamente la propia Ley de 1918 establece una serie de trámites —informes técnicos, información pública— que tienen por finalidad:

“acreditar el carácter de utilidad general de la obra, su importancia y rendimiento probables” (art. 2.º, B).

Trámites de cuyo contenido puede desprenderse tanto la carencia de utilidad general de las obras de desecación como, incluso, la falta de oportunidad para el interés general de dichas obras. Así lo reconoce el Consejo de Estado, que afirma en su dictamen de 30 de junio de 1967 (expediente núm. 33.885) lo siguiente:

“La circunstancia de que la Ley de 24 de julio de 1918 sea el vehículo de una auténtica actividad de fomento y estímulo de los administrados en una misión que el legislador juzgó ayer y continúa hoy juzgando de notorio interés público, obliga a que en cada caso deba enjuiciarse ese interés público..., con objeto de aportar una debida valoración de las implicaciones o facetas de aquél en el supuesto concreto que se examina.

.....

La exigencia del interés público en este tipo de concesiones, aun cuando pueda tener carácter gradual y repercutir así —como antes se ha señalado— en la cuantía de la subvención estatal ampara, por de pronto, a todo peticionario que refiere su solicitud a terrenos de los comprendidos y definidos por la propia Ley de 1918, si bien ello no signifique que ese interés público abstracto

que anima a toda esa Ley no deba ceder, en casos particulares, ante intereses, públicos o privados, que exigen una mayor tutela jurídica.”

Argumento éste—el de la existencia de otras manifestaciones del interés general que puedan incluso primar sobre el que representa la desecación— que no es de hoy, cuando la evolución de las preocupaciones de la Administración (esto es, del interés general) decanta manifestaciones del interés público ayer desconocidas, como puede ser la de la protección del medio ambiente o la conservación del equilibrio biológico. Es que con anterioridad a esos planteamientos se podían presentar opciones diversas en el aprovechamiento de las marismas, en las que se podía apreciar cómo queda roto el enlace casi mecánico que se suele realizar entre desecación e interés público. Es significativa, al respecto, la Real Orden de 4 de abril de 1873 del Ministerio de Fomento :

“La Ley de 3 de agosto de 1866 autoriza al Gobierno para la concesión de las marismas del Estado o de uso comunal de los pueblos. En los expedientes que con tal motivo se promueven, los informes de los ingenieros se reducen, según lo prescrito en aquella Ley, a examinar si con las obras de desecación se causa perjuicio a la navegación de los ríos o conservación de los puertos. Conviene, no obstante, a la Administración, en la mayor parte de los casos, obtener otros datos que den a conocer la extensión de las marismas, los productos que en su estado natural se obtienen o se pueden obtener, el valor aproximado de su aprovechamiento y el importe de su tasación en venta. Los referidos datos presentan especialmente interés en las marismas que son del Estado, para que la Administración pueda juzgar la conveniencia de cederlas gratuitamente o de utilización en otra forma, con beneficio de los intereses generales. Atendiendo, pues, a estas consideraciones, los ingenieros jefes de las provincias cuidarán de que en lo sucesivo sus informes en los expedientes de marismas contengan los expresados datos, con la extensión y claridad suficientes para ilustrar el juicio de la Administración.”

Y como ejemplo escogido al azar de concesión distinta de la desecación, la contenida en la Real Orden de 15 de enero de 1902, en la que la marisma concedida se destina a depósito de residuos de aguas procedentes del lavado de minerales, obligándose el concesionario a la

construcción de los correspondientes depósitos de decantación de las sustancias férreas.

Son, cabalmente, los dos mencionados hechos, a los que la tesis demanial no da respuesta, los que hacen imprescindible la revisión de la misma. Pero, antes de dicha revisión, veamos el planteamiento de la concesión de dominio público, que es la consecuencia inmediatamente extraída de la tesis expuesta.

2. *La concesión de marismas, concesión demanial.*

Al servicio de la singular finalidad, consistente en la desecación y saneamiento, se coloca un tipo de negocio jurídico concesional específico, un tipo singular entre las concesiones de dominio público. Singularidad que vendría a ser la consecuencia directa del carácter de las prestaciones que corren a cargo de cada uno de los sujetos que intervienen en el negocio concesional, esto es, la Administración y el concesionario. En efecto, el concesionario se compromete a una prestación peculiar: realizar unas obras directamente dirigidas a conseguir una alteración en las cualidades físicas de los terrenos objeto de la concesión; y la contraprestación de la Administración estribará en una conversión jurídica de los terrenos y en la transmisión de la propiedad al particular concesionario. Esta tesis será captada en todas sus matices por diversos dictámenes del Consejo de Estado, entre los que destacan los siguientes:

“Existen bienes a los que la calificación de dominio público se otorga artificialmente, buscando nada más que la dirección administrativa de su aprovechamiento por los particulares, por lo mismo que dicho aprovechamiento interesa de modo especial y por consideraciones normalmente de política económica a la utilidad pública, a la que quedan de ese modo afectados (es notoria la diferencia con los supuestos normales de dominio público, en que la afectación a la utilidad pública resulta de la destinación natural a necesidades del servicio público, como, por ejemplo, carreteras, ferrocarriles, fortificaciones, puertos, etc.). Así resulta que, en cuanto ese aprovechamiento particular se ha logrado, la utilidad pública ha quedado definitivamente satisfecha, y al no tener respecto de esos bienes sino las exigencias generales que tiene sobre todos los bienes patrimoniales de su economía, *ocurre, efectivamente, aunque de este modo particular, una verdadera desafectación de aquellos bienes de la utilidad pública, con lo que se convierten*

en bienes de propiedad privada (art. 341 del Código Civil) en la *persona del concesionario*, entrando en el comercio jurídico común. Ocurre aquí una verdadera conversión jurídica. El supuesto es bien conocido en nuestras leyes: *saneamiento de pantanos, lagunas, marismas* y terrenos pantanosos (art. 65 de la Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879; Ley de 21 de julio de 1918, art. 1.º, letra B, en relación con el art. 52 de la Ley de Puertos).

Así, pues, *el derecho al aprovechamiento, una vez cumplido éste en la forma de saneamiento, puede implicar la propiedad privada del terreno por pérdida de su condición demanial*" (dictamen de 14 de diciembre de 1949, expediente núm. 5.127).

"La pertenencia ideal de la cosa a la persona, el señorío general de ésta sobre aquélla, característica fundamental del derecho de propiedad, no se dan en la concesión administrativa o, por mejor decir, en ella permanecen en la Administración, quien, salvado y respetado el fin y uso concedido, no ha transferido la titularidad de la cosa. Sin embargo, este Consejo ha sostenido (dictamen número 5.127, relativo al deslinde de los terrenos que corresponden al Estado y al Ayuntamiento de Santander, del mes de diciembre de 1949), que en algunos casos, como en estos de concesión de marismas exactamente, el derecho al *aprovechamiento, una vez esté cumplido en la forma de saneamiento, puede implicar la propiedad privada del terreno por la pérdida de su condición de dominio público, produciéndose una verdadera desafectación de aquellos bienes de utilidad pública, con lo que se convierten en bienes de propiedad privada* (art. 341 del Código Civil) en la *persona de su concesionario*, entrando en el comercio jurídico común. Ocurre aquí una verdadera conversión jurídica. Así se explican las expresiones usadas en los artículos 63 y 65 de la Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879; en el 1.º, letra B, de la Ley de 21 de julio de 1918, de auxilios para la *desección de lagunas y marismas*; los cuales hablan de quedar el terreno saneado "de propiedad del que hubiese realizado la desecación o saneamiento"; de quedar el concesionario "dueño de los terrenos saneados" (dictamen de 3 de julio de 1953, expediente núm. 12.277).

Esta construcción conceptual toma su punto de apoyo en diversos textos legales, en los que se refleja esa misma solución de que los terrenos desecados pueden pasar a ser propiedad del concesionario.

El primero de ellos es la Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879, que dedica los artículos 60 a 68 al tema de “la desecación de lagunas y terrenos pantanosos”; tomando aquí el legislador como punto de partida la utilidad que para la salud pública y la riqueza nacional tiene la desecación de estos terrenos, llega a imponer, si preciso fuere, la desecación a sus propietarios. Y en cuanto a los terrenos propiedad del Estado, que es la hipótesis que aquí se estudia, el artículo 65 dispone :

“Si los pantanos, lagos o terrenos encharcadizos declarados insalubres perteneciesen al Estado y se presentase una proposición ofreciéndose a desecarlos y sanearlos, el autor de la proposición quedará dueño de los terrenos saneados, una vez ejecutadas las obras con arreglo al proyecto aprobado.”

En la Ley de Puertos, el tratamiento del problema aparece ya completo en todas las hipótesis posibles, que son :

- Marisma declarada insalubre : se aplica la Ley de Aguas, ya referida.
- Marisma que no ha sido objeto de esta declaración : si se piden auxilios al Estado, se aplicará la Ley *ad hoc* de 24 de julio de 1918 ; en caso contrario, las prescripciones de la propia Ley y Reglamento de Puertos (arts. 51, 3.º, y 52 de la Ley).

Para el supuesto en que la desecación se lleve a cabo sin solicitar auxilios del Estado, el artículo 55 de la Ley de Puertos dispone :

“Las concesiones de marismas se otorgarán a perpetuidad...”

Lo que precisa el Reglamento de la Ley de esta forma :

“Para que las concesiones de marismas se otorguen a perpetuidad será condición indispensable que el aprovechamiento para que se soliciten implique la desecación y saneamiento del terreno. En otro caso, se equiparará la concesión a las expresadas en el artículo 42 de la Ley y se otorgará sin plazo limitado, quedando sujetas a lo dispuesto en el artículo 47.”

Estos artículos 42 y 47 ponen de relieve, *a sensu contrario*, cuanto venimos expresando. El artículo 42 se refiere a concesiones para establecimientos que “en todo o en parte ocupen terrenos de dominio público”,

en lo que parece subyacente la idea de que si la marisma no se deseca, sigue perteneciendo al dominio público; y, por ello, el artículo 47 subordina la permanencia de las concesiones del artículo 42 a la no necesidad por parte del Estado de ocupar esos terrenos para obras de utilidad pública.

El artículo 52 de la Ley de Puertos remite la regulación de las concesiones de marismas a la Ley de 24 de julio de 1918 en el caso de que estas concesiones se soliciten "con auxilio del Estado". Esta Ley establece un sistema de prestaciones en favor de quien realice la desecación de una marisma: una subvención que puede llegar al 50 por 100 del importe de las obras, beneficios tributarios, derecho temporal de disfrute de los terrenos desecados. Este derecho de disfrute se cifra en noventa y nueve años, revirtiendo después al Estado: ahora bien, el artículo 1.º, párrafo 2, letra B, establece:

"El concesionario podrá cancelar esta reversión cuando la totalidad de terrenos saneados en una determinada concesión hubieren sido cedidos por el Estado, si le reintegrare el importe de la subvención con un interés anual del 3 por 100 desde las fechas correspondientes a su percibo."

Aun en este último precepto queda claro el efecto adquisitivo de la propiedad por el concesionario: el terreno desecado dejaría de ser de dominio público; y deja de serlo porque sobre él se constituye el derecho de disfrute del concesionario de la manera más amplia, ya que aparece como un goce perpetuo y sin recorte alguno en cuanto a los usos posibles a que el terreno puede destinarse por el adquirente. Cuando se establece la reversión al Estado es porque éste contribuyó a las obras de desecación con una cantidad que puede llegar al 50 por 100 del coste; y aun en este caso el particular puede redimir la carga si devuelve la subvención. Segunda razón para no estimar el terreno como de dominio público: si lo fuera, se le aplicaría la regla de la inalienabilidad y en ningún caso podría ser adquirido por el particular. Tercera: la nota de la perpetuidad del derecho de goce pone, al menos de relieve, que no se hallarán ya nunca afectos al uso general o a un servicio público, como requiere el artículo 339 del Código Civil para calificar a un bien de dominio público.

B) *La confusión entre las marismas y otras especies del dominio público hídrico: sus consecuencias:*

1. *El supuesto de hecho: confusión, en el plano de la realidad física, entre marisma y mar litoral, zona marítimo-terrestre y cauce de un río.*

Ahora bien, el planteamiento anterior gravita esencialmente sobre el argumento de que las marismas son —para el ordenamiento positivo— una realidad física conceptualmente distinta de otras realidades igualmente físicas: el mar litoral, la zona marítimo-terrestre y el cauce actual de un río. Y si se puede alcanzar, en el plano de los conceptos, la distinción, es cierto que *en la propia realidad aparece, en ocasiones, el terreno marismeño unido y sin solución de continuidad con las otras categorías mencionadas.*

Es decir, la distinción y separación está clara en el mundo jurídico, pero no lo está en el plano de la realidad fáctica: no se sabe, en principio, dónde empiezan y dónde acaban la marisma y el mar litoral, o la zona marítimo-terrestre o el cauce del río. Hipótesis ésta que, hay que reconocerlo, se ha planteado con harta frecuencia, hasta el punto de que bastantes declaraciones jurisprudenciales, en esta materia, han tomado como punto de partida la indistinción entre las realidades físicas a que se aludió. Así, por ejemplo, la sentencia de 23 de noviembre de 1967 está girando, en cuanto a su trama argumental, en torno a este hecho:

“... No debe olvidarse que la marisma de la laguna de la Janda está enclavada en el propio cauce del río Barbate...”

Incluso, la propia definición de marisma que proporciona la Ley de 1918, está, prácticamente, montada sobre este supuesto de confusión e indistinción fáctica entre la marisma y las categorías demaniales a que se ha hecho referencia. Ahora bien, esta confusión no autoriza, por ejemplo, a incluir los terrenos claramente definibles como marismeños en el deslinde administrativo de los bienes de dominio público referidos: no hay ninguno, absolutamente ningún argumento para proceder de este modo, ya que la condición jurídica de bien de dominio público no se adquiere por *accesión*, ni tampoco en virtud de una hipotética aplicación de la regla que subordina lo accesorio a lo principal, vinculando el régimen de estos últimos bienes a los primeros.

De esta confusión, en el plano de la realidad física, arranca otra tendencia que viene a considerar las marismas *como parte de otras es-*

pecies de dominio público hídrico: concretamente, como parte del mar litoral de la zona marítimo-terrestre, o del cauce de un río. Predomina, en una palabra, la significación categorial de estos institutos sobre el de las marismas.

Entonces, las marismas vendrían a ser —o al menos en estos supuestos de confusión o tangencia— una parte de especies diversas de dominio público natural. Lo que no impediría reconocer en estos casos, además de la conexión entre sí (entre la marisma y la especie demanial a la que aparezca físicamente unida), los caracteres diferenciales de ambas porciones del dominio público. Así, por ejemplo, cuando la marisma forma parte de la zona marítimo-terrestre, se reconocería que cada porción está afectada por su propia naturaleza física a ciertas finalidades —distintas en cada caso— del interés público: el terreno que es genuina zona marítimo-terrestre está afecto a un tipo de interés general, accesorio del uso público del mar (art. 12 de la Ley de Puertos, y, en la actualidad, art. 3.º de la Ley de Costas); los terrenos que componen la marisma quedarían, en cambio, destinados a la consecución del concreto objetivo de la desecación. De aquí que, cuando la concesión administrativa recae sobre la marisma, la prestación esencial a cargo del concesionario es ésta de la acción de desecar y de sanear, no perdurando ulteriormente el vínculo concesional en la forma de concesión de servicio portuario o de costas; simplemente, al consumarse la desecación (que equivaldría a una “degradación” consentida del dominio público natural), la concesión queda consumada desde el punto de vista de la prestación exigida al particular y, por estar íntimamente ligada a ella, se produce automáticamente la realización de la contraprestación administrativa (cesión de la propiedad de los terrenos).

2. *La configuración, en estos casos, de la concesión de marismas como concesión demanial.*

De este modo, se da una hipóstasis de la concesión de marismas en la correspondiente concesión demanial; transformación que tiene a su favor el argumento aparente de que, en el contenido de esta última, queda también comprendida la transformación de la realidad física que se toma como punto de partida, porque así lo imponen los preceptos correspondientes reguladores. Veamos para comprobarlo analíticamente los casos posibles:

a) *Confusión o tangencia entre marisma y mar litoral.*

Hay, en teoría, en este primer supuesto, dos opciones paralelas, a la luz del Derecho positivo :

1.^a Considerar como mar litoral todo el espacio abarcado por la concesión, con lo que se puede otorgar una concesión demanial. La concesión tendrá por objeto, según la hipótesis de que partimos, la realización de los trabajos necesarios para la transformación de su objeto material, que dejará de ser zona marítima para convertirse en tierra seca.

2.^a Distinguir mar litoral y marisma, delimitando esta última y considerándola de modo exclusivo el objeto de la concesión. Sería, en tal caso, una concesión de marismas.

Obsérvese que cualquiera de estas dos alternativas puede conducir a idéntico resultado: la conversión en propiedad privada —en favor del concesionario— de los terrenos abarcados por la concesión. En la opción primera, por cuanto son terrenos ganados al mar; en la segunda, como consecuencia de ser éste el peculiar efecto de la concesión de marismas. En suma, en este primer caso hay dos opciones similares, dado que los trabajos materiales del concesionario y el efecto buscado por el mismo (adquisición de la propiedad) son prácticamente idénticos. En efecto, y por lo que se refiere a los terrenos ganados al mar, el artículo 101 de la Ley de Puertos establecía un precepto análogo al que en la actualidad contiene el artículo 5.º, 3, de la Ley de Costas, de 26 de abril de 1969 :

“Los terrenos ganados al mar territorial, fuera de los puertos, por obras construidas por el Estado, las provincias, los municipios o los particulares competentemente autorizados, serán propiedad de quienes las hubieran llevado a cabo, sin perjuicio de la zona de servidumbres, de salvamento, de paso y de vigilancia litoral y del dominio público sobre la zona marítimo-terrestre y sobre las playas si las hubiere.”

De aquí que la adquisición de propiedad por el particular pueda apoyarse, alternativa o conjuntamente, en los dos fundamentos legítimos de dicho efecto peculiar: el derivado de la Ley de Marismas, o el que alberga el citado precepto regulador del dominio público marítimo.

b) *Confusión o tangencia entre la marisma y la zona marítimo-terrestre.*

Es éste un supuesto bastante común, pese a la claridad con que física y jurídicamente pueden separarse ambas, según se expone más adelante. También aquí existen dos alternativas, lógicamente:

1.^a Otorgar concesión demanial, considerando todo el terreno abarcado por la concesión como zona marítimo-terrestre. El contenido de la concesión sería, naturalmente, la realización de los trabajos de desecación, y al final de los mismos quedaría nítidamente definida la zona marítimo-terrestre y la tierra seca anteriormente ocupada por los terrenos marismenños.

2.^a Otorgar concesión de marismas, previo el correspondiente deslinde de la zona marítimo-terrestre (o al menos deslinde de los terrenos marismenños objeto del otorgamiento), y no incluyendo en ella lo que se considere forma parte de ésta.

En la hipótesis primera, es de tener en cuenta un acontecimiento decisivo: si inicialmente se considera el terreno objeto de la concesión como zona marítimo-terrestre, se observa que, una vez realizadas las obras por el concesionario, habrá de dejar de tener dicha consideración, pues físicamente no lo es ya, al dejar de ser un espacio terrestre cubierto y descubierto alternativamente por las aguas. En la hipótesis segunda, las obras del concesionario, en el interior del espacio abarcado por la concesión, permitirán en adelante una separación clara entre lo que era la marisma —ahora convertida en tierra seca— y lo que continúa como zona marítimo-terrestre.

Aquí tampoco parece haber, en principio, obstáculo alguno para que se consume la eficacia propia de la concesión de marismas. Y ello porque tanto en una como en otra hipótesis dicha eficacia aparece amparada por los correspondientes preceptos de la Ley de Puertos; concretamente, los artículos 51 y 52, ya transcritos, en los que se configura como perpetuo el goce de los terrenos desecados por el concesionario.

c) *Confusión o tangencia entre la marisma y el cauce de un río.*

La distinción es, en este caso, mucho más difícil de realizar porque entran en juego una serie de conceptos de precisión más difícil y, por ende, puede hacerse prácticamente imposible una delimitación de la

marisma como no sea en un plano puramente convencional. En efecto, el terreno ocupado por las aguas puede ser, jurídicamente, el álveo o cauce del río, la ribera y la marisma. Según el artículo 32 de la Ley de Aguas, es cauce del río

“el terreno que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias”.

Y, de acuerdo con el artículo 35 de la misma Ley, son riberas

“las fajas laterales de los álveos de los ríos comprendidos entre el nivel de sus bajas aguas y el que éstas alcancen en sus mayores avenidas ordinarias”.

Es de advertir que los artículos 34 y 36 vienen a proclamar el carácter demanial de los álveos y las riberas de los ríos de dominio público, salvo en este último caso cuando, por virtud “de antigua ley o de costumbre”, sean de dominio privado. Se comprende, entonces, cómo fácilmente puede incluirse en un deslinde de este tipo de bienes demaniales el terreno ocupado por la zona de carácter pantanoso o marismeno. Y se explica también que, en principio, la Administración concedente estime que la concesión, en este caso, ha de ser una concesión demanial. Más aún: si el criterio administrativo, al realizar el deslinde de cauces públicos, se ciñe a la letra de los preceptos que se acaban de transcribir, sin discriminar el tipo de inundación periódica de los terrenos deslindados y las causas de la presencia en ellos de las aguas en situación de estancamiento, tal como puede apreciarse, por ejemplo, en la *Orden de 9 de junio de 1886*, que promulga normas para este tipo de deslinde.

En este supuesto de hecho, realmente límite, solamente con posterioridad a las obras del concesionario quedará físicamente acotado el cauce del río, y, por tanto, hasta entonces no pueden saberse con exactitud los verdaderos límites del álveo o cauce, que es la auténtica categoría demanial en presencia. No obstante, y en virtud de este efecto de alteración de la realidad física previa (y consiguiente “degradación” del dominio público natural; degradación consentida y, además, legitimada por los preceptos ya citados de la Ley de Aguas y la de Marismas), se pudo, aquí también, seguir manteniendo la consecuencia general de adquisición de la propiedad por el concesionario, al amparo de lo dispuesto en la propia Ley de 24 de julio de 1918.

III

EL IMPACTO DEL ARTÍCULO 126 DE LA LEY DEL PATRIMONIO DEL ESTADO

Este precepto establece que :

“Los Ministerios competentes, previo informe del de Hacienda, determinarán las condiciones generales que habrán de regir para cada clase de concesiones o autorizaciones sobre el dominio público, *en las que se incluirá necesariamente el plazo de duración, que no podrá exceder de noventa y nueve años*, a no ser que las Leyes especiales señalasen otro menor. En ningún caso podrán otorgarse dichas concesiones o autorizaciones por tiempo indefinido.

Será también preceptivo el informe del Ministerio de Hacienda cuando el Departamento otorgante juzgue conveniente establecer excepciones de las condiciones generales aprobadas.”

Antes que nada, hay que señalar la carencia de novedad del mismo, por cuanto viene a proclamar una regla general de temporalidad de las concesiones demaniales cuyos antecedentes inmediatos están en la Ley de Obras Públicas de 1877, cuyo artículo 101 dispone que las concesiones de dominio público se otorgarán, a lo más, por un plazo de noventa y nueve años. Ahora bien, este precepto se ocupaba de salvar la excepción en favor de :

“Los casos en que las Leyes especiales establezcan mayor tiempo, o que la concesión se otorgue por medio de una Ley especial que así lo determine.”

Excepción que no aparece, según se ha observado, en el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado. Con independencia de la grave dislocación que esta innovación de la Ley del Patrimonio significa en el contexto general del Derecho de aguas, en el que una serie de tipos concesiones se explican, justamente, desde la perspectiva de la perpetuidad de la concesión, en el caso de las marismas parecía clausurar de modo definitivo un negocio jurídico concesional de perfiles netamente singulares, cuya funcionalidad estaba al servicio de unos fines que, sin la regla de la perpetuidad, muy difícilmente podrán cumplirse en ocasiones. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicará

de modo inexorable la regla de la temporalidad; concretamente la sentencia de 18 de diciembre de 1970 afirma:

“En este caso no se trata de una nulidad radical del acto administrativo, que es el concesional, sino únicamente de la modificación de una cláusula determinada para sustituir el plazo de vigencia de noventa y nueve años por la de ‘a perpetuidad’, la Administración, oyendo a la Asesoría Jurídica, conforme a lo solicitado por la Sociedad actora, estimó que no se había infringido manifiestamente la Ley, puesto que al dictarse la que aprobó el texto articulado del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 —anterior a la concesión— y estableciéndose en su artículo 126 que el Ministerio competente, previo informe del de Hacienda, determinará las condiciones generales que habrán de regir para cada clase de concesión sobre el dominio público en las que se le incluirán necesariamente el plazo de duración, que no podrá exceder de noventa y nueve años, a no ser que las Leyes especiales señalen otro menor, sin que en ningún caso puedan otorgarse dichas concesiones por tiempo indefinido, es indudable que este precepto legal era de inexcusable observancia al tiempo de otorgarse la concesión en 1965, y como *necesariamente el plazo de duración no puede exceder en las concesiones sobre bienes de dominio público, que es el caso de autos, de noventa y nueve años, al otorgársela en estas condiciones, que además fueron aceptadas por la concesionaria, no solamente no se ha infringido manifiestamente la Ley, sino que se ha cumplido escrupulosamente, al otorgarla por el plazo máximo permisible, y al no haberse infringido manifiestamente la Ley, era absolutamente inútil el dictamen del Consejo de Estado, que además, por ser el más alto cuerpo consultivo de la Nación, su actividad no puede ni debe quedar a merced de la voluntad de cualquier persona, natural o jurídica, que amparándose en la supuesta infracción de algún precepto de cualquiera de las innumerables Leyes que en España existen, así lo interese, aunque la Administración entienda que no se ha producido infracción alguna, decisión que a ella corresponde por ser la que podrá anular de oficio o a instancia de parte los actos radicalmente nulos y los que —a su juicio ha de entenderse— manifiestamente infringían la Ley, previo informe favorable del Consejo de Estado en este caso, por*

cuya razón se ve que la resolución recurrida, tramitada de acuerdo con lo interesado por la Empresa actora, es absolutamente correcta y debe ser mantenida.”

Aun razonando sobre el contexto general de pensamiento que ha quedado expuesto con anterioridad, la reciente sentencia de 13 de marzo de 1972 significa un nuevo reconocimiento jurisprudencial de la posibilidad de que la concesión de marismas produzca el tradicional efecto de adquisición de la propiedad por el concesionario. Ahora bien, se trata de un supuesto en el que la posición del particular se apoya en el argumento de la adquisición de los terrenos que sean ganados al mar como consecuencia de obras construidas por los particulares. He aquí el contenido esencial del razonamiento de la sentencia :

“Este enjuiciamiento exige la integración dialéctica de dos tendencias aparentemente divergentes que coexisten en nuestro Ordenamiento jurídico con un arraigo ya secular, una de ellas de carácter específico, según la cual los terrenos ganados al mar como consecuencia de obras construidas por particulares, competentemente autorizados, serán de propiedad de quien las hubiere ejecutado, principio sancionado por la jurisprudencia de todos los tiempos, en frase de un dictamen del Consejo de Estado incorporado al preámbulo de la Real Orden de 1 de noviembre de 1863, que recogió la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866 (arts. 5.º y 105), aun cuando contempla la posibilidad de establecer “otra cosa” en la autorización, reserva eliminada definitivamente a partir de la Ley de 13 de junio de 1879 (art. 65), y otra casi coetánea, la de Puertos de 4 de mayo de 1880 (art. 55), si bien más adelante, en la de 24 de julio de 1918, se produjera una segunda desviación del criterio tradicional, desde el momento en que junto a la perpetuidad de la concesión se admita la temporalidad por un plazo de noventa y nueve años, cuando los terrenos saneados hubieran sido cedidos gratuitamente por el Estado (art. 1.º, B), hasta que la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 implantó de nuevo el anterior sistema, mantenido también en la Ley 28/1969, de 26 de abril, sobre costas (art. 5.º, 3), actualmente vigente.

Desde otra perspectiva sincrónica, la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 regulaba ya, con carácter genérico, las concesiones de dominio público y de dominio del Estado, que habrían de otorgarse por noventa y nueve años a lo más, salvo los casos

en que las Leyes especiales establecieran mayor tiempo (art. 101), norma coincidente sustancialmente con otra, también genérica, contenida en la Ley del Patrimonio del Estado (texto articulado mediante Decreto 1022/1964, de 15 de abril), según la cual en las concesiones o autorizaciones sobre el dominio público se incluirá necesariamente el plazo de duración, que no podrá exceder de noventa y nueve años, a no ser que las Leyes especiales señalasen otro menor, sin que en ningún caso puedan otorgarse por tiempo indefinido (art. 126), discrepancia con la trayectoria tradicional en materia de marismas cuya coexistencia durante más de ochenta años no planteó problema alguno, como revelan los numerosos dictámenes del Consejo de Estado favorables a la subsistencia del régimen específico, aun cuando el presente debate haya sido planteado en función de tal antinomia.

Esta es más aparente que real y podría resolverse con un instrumental exclusivamente técnico, mediante el juego de criterios propios de la lógica jurídica, como *la prevalencia de las normas especiales en la materia (aguas y puertos) sobre las genéricas que regulan el dominio público*, y además se observa que una de aquéllas —la de Costas— es posterior a la del Patrimonio y ratifica el régimen tradicional para el saneamiento de las marismas, aun cuando resulte preferible ahondar en la propia sustancia de la concesión o autorización, expresiones equivalentes al respecto, acto constitutivo de una estructura cuyos elementos aparecen interrelacionados en la realidad, pero disociables siempre mediante un proceso analítico que los contemple desde una óptica funcional, y en tal orden de reflexiones conviene indicar que *este tipo de concesión actúa en calidad de título*, en sentido estrictamente dogmático, *de una ocupación temporal del terreno saneable (uso privativo) como contenido de un derecho real administrativo de goce que, a su vez, se transforma en propiedad particular mediante la ejecución de las obras de saneamiento, modo de adquirir que implica una simultánea desafectación implícita de tal parcela del dominio público marítimo-terrestre*, ya que desde otra perspectiva distinta, este sistema es una modalidad de la actividad administrativa de fomento, con signo positivo e incentivo económico, para estimular la iniciativa privada y conseguir así el beneficio general que supone el saneamiento de terrenos que, en su estado natural, no eran utilizables por nadie, como ya explicaba la Real Orden antes citada.”

Como puede apreciarse, el precepto legitimante de la adquisición concesional es el que otorga la propiedad de los terrenos ganados al mar, que da apoyo al correlativo incluido en la normativa específicamente aplicable a las marismas. En el razonamiento del juzgador parece clara la aceptación de que en el caso planteado son de aplicar las normas relativas al dominio público, en este caso el marítimo, y, sin embargo, se califica a la concesión como concesión de marismas. De ahí que la sentencia, por demás progresiva, responda al segundo de los tipos de tendencias que ya se han examinado: la concesión de marismas es, en realidad, contemplada como una especie singular dentro de las concesiones demaniales, y el objeto material sobre que recae es en su totalidad calificado como dominio público marítimo, sin que ni la Administración concedente ni la jurisdicción lleguen a plantearse la cuestión de si material y jurídicamente no existirán dos bienes distintos fundidos en el crisol unitario del objeto concesional: la marisma y una porción de mar litoral.

El carácter progresivo de esta sentencia estimula a verificar un planteamiento más profundo de la temática que plantean las marismas y las concesiones administrativas que a ellas se refieren. Lo que se realiza a continuación.

IV

EL CONCEPTO DE MARISMA EN EL DERECHO POSITIVO

A) *El concepto en la Ley Cambó y la significación de esta Ley en el conjunto de normas reguladoras de la institución.*

La exposición hasta ahora realizada permite albergar una serie de dudas en torno a la tesis de la demanialidad de las marismas y de la configuración de este tipo concesional en el marco de las concesiones de dominio público. Se hace ahora imprescindible dar un paso adelante, a fin de acceder a una concepción distinta tanto sobre la naturaleza jurídica de las marismas como sobre la de la concesión administrativa que a ellas se refiere, concepción centrada en estas dos afirmaciones: 1.^a Las marismas no son *per se* bienes de dominio público; 2.^a La concesión de marismas no se tipifica por razón de la titularidad (pública) del bien sobre que recae, sino en virtud de su contenido: se trata de una concesión de "obra pública".

1. *La noción de marisma, en la Ley de 24 de julio de 1918*

En efecto, el concepto de marisma se define en nuestro Derecho positivo por las particularidades fácticas que ofrecen ciertos bienes. Marismas son, según la Ley de 24 de julio de 1918, Ley **CAMBÓ** :

“Todo terreno bajo la zona marítimo-terrestre o del estuario actual o antiguo de un río, cualquiera que sea su naturaleza, que se inunda periódicamente en las mareas o en épocas de crecidas y permanece encharcado hasta que la evaporación consume las aguas almacenadas o produzca emanaciones insalubres en la bajamar o en época de calmas, aun cuando no encharcamientos.”

Terreno pantanoso es, según dicha Ley :

“Aquellos en donde abundan charcas o cenagales, sin llegar a merecer la calificación de pantano natural por su dimensión o por la continuidad del encharcamiento.”

En ninguna de las definiciones legales aparece, pues, la nota de la titularidad por el Estado (o, en su caso, por otro ente público territorial) que permitiese calificar tales bienes como de dominio público. La Ley, por el contrario, se ocupa de precisar que son marismas los terrenos por ella descritos, “cualquiera que sea su naturaleza”, esto es, cualquiera que sea su carácter público o privado. Sin embargo, se puede observar en la definición que hay una conexión con los conceptos de zona marítimo-terrestre y cauce de un río, por lo cual parece necesario empezar por comprobar las diferencias que hay entre unos conceptos y otros. Así, ante todo, en relación con la zona marítimo-terrestre.

2. *Distinción entre marisma y zona marítimo-terrestre*

La cuestión tiene, ciertamente, extraordinaria importancia; frecuentemente —según ha sido ya advertido— se ha considerado que marismas y terrenos pantanosos forman parte de la zona marítimo-terrestre o de los cauces de los ríos, y que, en consecuencia, pertenecen al dominio público por ser éste el carácter jurídico de la zona marítimo-terrestre y de los cauces de los ríos, según puntualizan la Ley de Puertos y la de Costas, y la Ley de Aguas y el Código Civil. Más aún: el razonamiento se ha llegado a invertir y no es la primera vez que la Administración

Pública, al practicar un deslinde, ha invocado para incluir unos terrenos dentro de la zona marítimo-terrestre o del cauce de un río público su carácter de marismas o de terrenos pantanosos.

a) *Concepto de zona marítimo-terrestre*

Ahora bien, marisma y zona marítimo-terrestre son físicamente cosas bien diferentes. La zona marítimo-terrestre es —como dice la vigente Ley de Costas— el espacio de las costas que baña el mar en su flujo y reflujó, en donde sean sensibles las mareas y las mayores olas en los temporales ordinarios, en donde no lo sean. Lo característico de esta zona —como puntualizara la vieja Ley de Aguas de 1866, reguladora, como se sabe, tanto del dominio hídrico marítimo como del fluvial— es que se trata de un espacio de tierra cubierto y descubierto alternativamente por las aguas. Así se definían las “playas” en el artículo 1.º, 3, de la Ley de 3 de agosto de 1866; y las “playas” en aquella Ley no se caracterizaban por estar formadas por arenales o pedregales en superficie casi plana, con vegetación nula o escasa y característica —al modo como la define la actual Ley de Costas—, sino por el hecho de ser un espacio cubierto y descubierto alternativamente por las aguas. Las playas eran en la Ley de Aguas del 66 concepto idéntico al que se ofreció por la Ley de Puertos de 1880 (producido como consecuencia de la división de las dos especies de dominio hídrico, marítimo y terrestre) para definir la zona marítimo-terrestre, en los términos que ya se han indicado.

b) *Concepto de marisma*

Sin embargo, lo que caracteriza a las marismas es el tratarse de un terreno “bajo”, “próximo” a la zona marítimo-terrestre o al estuario de un río (próximo, pero no confundido con esas zonas), que cuando se inunda permanece encharcado hasta su evaporación. La desaparición del agua en las marismas no se produce como consecuencia del ir y venir de las aguas, sino como resultado de la evaporación. No existen, pues, esas alternativas entre espacio cubierto y no cubierto por las aguas, que es lo que caracteriza —como hemos visto— a la zona marítimo-terrestre.

Se explica, pues, que físicamente marisma y zona marítimo-terrestre sean conceptos diferentes, lo cual permite explicar también que jurídicamente no haya de producirse necesariamente una identificación entre la titularidad de la zona marítimo-terrestre y la de las marismas. O, dicho en otros términos, que las marismas puedan pertenecer a titularidades

jurídico-privadas, mientras que la zona marítimo-terrestre sea bien de dominio público, sin perjuicio del posible reconocimiento de enclaves de propiedad privada en dicha zona, admitidos en honor a derechos adquiridos por la Ley de Costas (art. 4), cuya problemática —que no es pertinente exponer aquí— ha sido reciente y agudamente estudiada por Jesús LEGUINA en el número 65 de esta REVISTA.

c) *Reconocimiento de la distinción por el Tribunal Supremo: sentencia de 28 de enero de 1878*

Esta diferencia física y jurídica entre zona marítimo-terrestre y marismas fue luminosamente proclamada por nuestro Tribunal Supremo en aplicación de la vieja Ley de Aguas de 1866. La sentencia de 28 de enero de 1878, dictada por la Sala Civil en recurso de casación, se enfrentó ante un supuesto de hecho en el que la Administración Pública había concedido la desecación de unos terrenos de marismas a un particular, sobre la consideración de que eran bienes de propiedad del Estado por pertenecer a la zona marítimo-terrestre. La sentencia del Supremo entiende que “los bienes litigiosos son marismas y no playas” (empleado aquí el término “playa” en el sentido actual de zona marítimo-terrestre) y que la sentencia recurrida “al declarar que playa y marisma son una misma cosa y subordinar a un mismo criterio legal jurídico derechos de propiedad particular sobre la una y sobre la otra” infringe la Ley y debe ser casada.

Así, pues, resulta viciosa la práctica administrativa de incluir en la zona marítimo-terrestre, a efectos de deslindes, los terrenos ocupados por marismas. El régimen jurídico de éstos no puede identificarse con el de la zona marítimo-terrestre.

3. *Otros argumentos derivados de la Ley de 1918 en contra de la tesis de la demanialidad*

a) *El beneficio de expropiación, en favor del concesionario*

La propia Ley de Marismas confirma este aserto inicial en el contenido de su reglamentación. Basta observar, en primer término, que el beneficio capital que otorga la Ley al concesionario es, precisamente, el de la expropiación forzosa de los terrenos (art. 1.º), expropiación que sería superflua si el objeto de la concesión fuesen terrenos de dominio público.

b) *Las distinciones de la Ley según la titularidad del terreno*

En el aludido artículo 1.º de la Ley, cuando se regulan las prescripciones a las que habrán de someterse las concesiones, se distingue según dichas concesiones incidan sobre terrenos del Estado o sobre terrenos de propiedad particular o sobre terrenos que, en parte, sean del Estado y, en parte, de propiedad privada. Más adelante, nos ocuparemos de las consecuencias de esta distinción de concesiones efectuada en base a la titularidad de los terrenos sobre las que recaigan. Baste ahora con dejar señalado que de este modo se viene a hacer imposible identificar “concesión de marismas” con “concesión de dominio público”, lo que nos denuncia también la improcedencia *ab initio* de aplicar a las concesiones de marismas el régimen jurídico de las concesiones demaniales.

4. *El significado de la Ley Cambó en el conjunto de normas reguladoras de las marismas.*

En último término, hay que comprender que la Ley de 24 de julio de 1918 no es el único texto legal que se refiera a las marismas. Es una norma que nace para otorgar estímulos a la iniciativa privada en una materia en la que los preceptos hasta entonces promulgados no han obtenido —a juicio del Gobierno, cuando la promueve— la eficacia práctica necesaria. De aquí que dedique su primordial atención al planteamiento de los mencionados estímulos.

De esta circunstancia hay que extraer dos elementales consecuencias: 1.ª Sus preceptos hay que insertarlos en el contexto general del ordenamiento positivo de las marismas, a fin de lograr una interpretación sistemática de los mismos; 2.ª Encontramos aquí una manifestación más de un principio interpretativo latente en todo el ordenamiento y que, frecuentemente, encontramos reflejado en el Derecho administrativo: se trata de lo que podríamos denominar principio de independencia de las calificaciones jurídico-positivas entre sí. Es decir, con alguna frecuencia cada texto que se promulga sobre una materia determinada contiene su propia definición del objeto material al que se refiere, definición que puede ser distinta e independiente de otras definiciones legales contenidas en otros textos reguladores de la misma materia. Es éste un fenómeno típico en la legislación de fomento, en la que puede encontrarse una definición de buque (Ley de 12 de mayo de 1956) distinta de la contenida en otros textos jurídico-positivos que contengan una regulación tam-

bién de buques. Conocidas son, al respecto, las distintas definiciones de solar que han venido coexistiendo en nuestro ordenamiento, según el ángulo o preocupación fundamental desde la que se contemple la materia. De aquí la importancia que hay que dar a la expresión que utiliza el artículo 1.º de la Ley de 24 de julio de 1918, cuando, antes de definir las marismas, consigna que la finalidad de la definición queda ligada a “la debida inteligencia de esta Ley”, con lo que se hace posible la existencia en el ordenamiento de definiciones distintas, en nuestro caso más amplias y comprensivas, de análoga realidad material.

B) *Argumentos derivados del concepto legal de dominio público*

Examinemos más en profundidad esta proposición inicial. Si decimos que las marismas no son *per se* bienes de dominio público, es no sólo porque así se deduce de su régimen jurídico específico, lo cual sería suficiente para caracterizar la naturaleza de estos bienes (no olvidemos que la naturaleza jurídica de las instituciones ha de inducirse necesariamente de un régimen legal determinado más que deducirse, por vía de conclusión, de un principio especulativo y abstracto establecido como proposición *a priori*), sino también porque las marismas no reúnen ninguna de las notas que también el Derecho positivo, aunque en términos de mayor generalidad, establece como características de los bienes de dominio público.

Las marismas no son *per se* —repetimos— bienes demaniales, porque, aun cuando se trate de terrenos pertenecientes al Estado o a otro ente público de carácter territorial, no están afectas ni a un uso público, ni al servicio público ni a la riqueza nacional. Son estas tres especies de afección —uso público, servicio público o riqueza nacional— las que, según el artículo 339 del Código Civil (precepto que sigue ofreciendo vigencia definidora general del dominio público, aun después de promulgada la Ley del Patrimonio del Estado), tipifican los bienes de dominio público del Estado, y es la adscripción a un uso o a un servicio público lo que caracteriza a los bienes demaniales de las Corporaciones Locales. Las marismas, los terrenos pantanosos, no presentan por sí mismas ninguna de estas características. Cabalmente, ocurre lo contrario: cuando las marismas pueden ofrecer cierta *utilitas pública* es cuando son desecadas, esto es, cuando dejan de ser marismas para transformarse en terrenos aprovechables para la agricultura, la riqueza forestal o la edificación.

El tratamiento administrativo de las marismas y terrenos pantanosos es, originariamente, fruto de una preocupación sanitaria; preocupación cuyo fundamento podría hoy ser discutido en base a motivaciones ecológicas, esto es, en atención de la salvaguarda del equilibrio reinante en la naturaleza. Se fomenta la desecación de las marismas y terrenos pantanosos precisamente porque se considera que tales terrenos son en sí mismos improductivos económicamente y perjudiciales desde el punto de vista sanitario. Son bienes cuya conservación en su estado actual resultaría contraria a la riqueza nacional; de ahí que haya que transformarlos, convirtiéndolos en otros bienes económicamente útiles; es decir, las marismas no reúnen, por sí, las notas que las tipificarían como bienes demaniales.

V

LA VERDADERA NATURALEZA DE LAS MARISMAS DEDUCIDA DEL ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN

A) *Marismas y bienes baldíos*

Las marismas no son, pues, bienes de dominio público. Son bienes de propiedad privada, aun cuando dicha propiedad puede pertenecer al Estado, a los Municipios o a las personas físicas o entidades jurídicas de carácter privado.

Un análisis histórico —siquiera sea muy breve— nos dará la clave de esta multiplicidad de titularidades jurídicas; nos explicará por qué unos bienes que parecen, por su naturaleza, postular un mismo régimen jurídico, en cuanto que designan un objeto material homogéneo, son susceptibles, sin embargo, de recibir tan diversas titularidades.

1. *Trayectoria histórica de la legislación de baldíos*

Puede afirmarse, sin demasiada violencia, que las marismas y terrenos pantanosos tuvieron originariamente la consideración de bienes “baldíos” y que, por tanto, siguieron las vicisitudes jurídicas de dichos bienes.

Sin remontarse al origen y a la formación primitiva del concepto de los baldíos —profundamente estudiado por Alejandro NIETO en su obra *Los bienes comunales*—, puede tomarse como concepto válido de esta especie de bienes el que estaba vigente a mediados del siglo pasado, en cuya primera mitad se planteó con todo vigor y con una gran dosis de ingenio y entusiasmo la lucha contra los baldíos. Son bienes baldíos (según la Real Orden de 12 de mayo de 1851, dictada para cortar prácticas fraudulentas de los Municipios que, al objeto de quedar exentos de contribuciones, asignaban el carácter de baldíos a ciertos bienes que no lo eran efectivamente), son bienes baldíos, repetimos :

“Aquellos terrenos incultos en su estado natural que, por su mala calidad y escasos productos, ni se aplican ni pueden aplicarse a labor ni al arrendamiento de pastos para que produzcan una renta en favor de la comunidad de los pueblos o provincias, dejándose por lo tanto al aprovechamiento inmediato de los vecinos o miembros de la comunidad.”

Bienes baldíos son, pues, los terrenos improductivos, los terrenos que nada pueden producir, los terrenos que carecen de toda utilidad. Por esta razón, se consideraba que los baldíos pertenecían directa e inmediatamente a la comunidad, sin interposición de una titularidad personificada, cual pudiera ser la de los Municipios.

Pues bien, sobre estos bienes baldíos que, precisamente por esa pertenencia directa e inmediata a la comunidad, habían sido objeto de una especial protección por los Monarcas de la Casa de Austria y de la de Borbón (Felipe II, en Cortes de Madrid de 1586 y 1593; Felipe III, en 1609; Felipe IV, en 1632; Fernando VI, en 1747), llegando hasta declarar “nulas todas las enajenaciones adjudicadas a la Corona o a particulares” “de los baldíos que en el año 1737 gozaban en cualquier modo los pueblos”; sobre estos terrenos baldíos se desató la furia de signo individualista de los legisladores de la primera mitad del XIX.

Ya JOVELLANOS, en su informe sobre la Ley Agraria, había señalado a los baldíos como el primero de los estorbos políticos que se oponían al desarrollo de nuestra riqueza y, en consecuencia, había postulado su enajenación. Y la legislación nacida del nuevo Estado constitucional empuña esta bandera, a la que tiñe además de un marcado carácter patriótico, pues su suerte va quedando unida a la de los que habían luchado contra el invasor francés. El Decreto de las Cortes de 4 de enero de 1813 dispuso reducir a propiedad particular todos los terrenos baldíos :

“Considerando que la reducción de los terrenos comunes (aquí es el sentido de baldío) a dominio particular es una de las providencias que más imperiosamente reclaman el bien de los pueblos y el fomento de la industria; y queriendo al mismo tiempo proporcionar con esta clase de tierras un auxilio a las necesidades públicas, un premio a los beneméritos defensores de la patria y un socorro a los ciudadanos no propietarios”,

2. *Consecuencia: propiedad privada y propiedad comunal*

Ni que decir tiene que las marismas y los terrenos pantanosos podían perfectamente incluirse —y de hecho lo estaban— entre los terrenos baldíos, en cuanto que eran terrenos improductivos. Las marismas y terrenos pantanosos entraron, de esta manera, a formar parte de los bienes que tenían que ser reducidos a propiedad particular, si es que —naturalmente— encontrasen compradores.

La acentuación del proceso personificador que experimentaron a lo largo del siglo pasado las “provincias y los pueblos” permitió imputar pacíficamente a la propiedad de estos entes —especialmente de los últimos— los bienes baldíos, que de esta manera vinieron a transformarse, unas veces, en bienes de propios, otras, en bienes comunales. Respecto de estos últimos es de señalar la diferencia que separa a los bienes baldíos de lo que hoy son los bienes comunales; los bienes baldíos no pertenecían propiamente a la titularidad del pueblo o Municipio, sino que se imputaban directamente a la colectividad; eran disfrutados por todos de forma libre, espontánea y gratuita. Los bienes comunales —al menos en la interpretación más generalizada e inmediata de la Ley de Régimen Local y sin perjuicio de la existencia de voces en contrario tan autorizadas como la de Alejandro NIETO— requieren la titularidad del Municipio, aun cuando se trate de una titularidad meramente instrumental y puesta al servicio de la comunidad de los vecinos.

B) *Baldíos y legislación de mostrencos: la posibilidad de propiedad estatal*

Características

Por otra parte, la legislación de bienes mostrencos vino a operar un nuevo efecto sobre los bienes baldíos. En la medida en que se perdiera

en éstos la conciencia de su uso o disfrute en común y se considerasen como bienes no poseídos ni disfrutados por nadie, fue posible la aplicación de la Ley de Mostrencos de 9 de mayo de 1835 y la consiguiente atribución de su propiedad al Estado. Como disponía el artículo 6.º de dicha Ley :

“Los bienes que, por no poseerlos ni detentarlos persona ni Corporación alguna, careciesen de dueño conocido se ocuparán desde luego por el Estado.”

Nada puede extrañar que aquellos bienes baldíos —por esencia, improductivos— como los terrenos pantanosos y las marismas fuesen a pasar a la propiedad del Estado en virtud de este título: el tratarse no ya de un bien baldío, sino de un bien sin dueño conocido, por haberse perdido la conciencia —diríamos en términos modernos— de su pertenencia al común de las gentes. El bien, pues, dejó de ser una *res communis* para convertirse en una *res nullius*, cosa sin dueño, y, por tanto, susceptible de ocupación, y más exactamente atribuible al Estado en virtud de la legislación de mostrencos. (No es pertinente examinar aquí si la Ley de Mostrencos otorgó *ex lege* al Estado la propiedad de los bienes inmuebles sin dueño conocido o tan sólo una facultad de apropiación, protegida por las leyes comunes y con la carga de la prueba de acreditar que el poseedor o detentador no era su dueño, según entendió la Dirección de los Registros en Resolución de 8 de julio de 1920.)

C) *Consecuencias de la doble acción de la legalidad de baldíos y mostrencos: marismas de particulares, de Corporaciones locales y del Estado*

Esta doble acción —legislación contra los baldíos y legislación sobre bienes mostrencos— permite explicarnos cómo las marismas o terrenos pantanosos pueden pertenecer, sin violencia dogmática y sin acudir a títulos más remotos, bien al Municipio (o, en su caso, a las provincias), bien a los particulares, bien al Estado. Corresponderían a los Municipios aquellos terrenos que, a pesar de la aplicación de la legislación antibaldíos (al igual que ocurrió con la legislación desamortizadora) no llegasen a ser enajenados, continuando en su anterior carácter hasta su imputación posterior a la persona jurídica Municipio en los términos explicados antes. De los particulares serían aquellos otros terrenos que en cumplimiento de la legislación de baldíos fuesen enajenados en su

favor. Y, finalmente, el Estado haría suyos —en virtud del ordenamiento de bienes mostrencos— aquellos otros terrenos de los que se hubiere perdido la conciencia de su carácter común. Pero, adviértase bien: tales bienes serían de la propiedad privada del Estado, no de su dominio público. Así resulta de un examen completo de la Ley de 1835 y de su propia finalidad.

Queda, pues, claro a través de este largo peregrinaje por tierras extrañas que no existe razón alguna, ni dogmática ni histórica, para considerar apodicticamente que las marismas son bienes de dominio público. Es una afirmación apriorística que ninguna base legal ofrece.

D) *Recapitulación: las marismas, un supuesto de propiedad privada, aunque su titular sea el Estado*

Si en algún caso, unas determinadas marismas tienen el carácter de bienes de dominio público, habrá que entender que dicho carácter lo reciben no *per se*, sino por accesión de los terrenos a los que estén enclavadas. Pero aun así, resulta difícil entender que las marismas tengan dicho carácter demanial. Cuando el Tribunal Supremo se ha enfrentado con el tema, ha utilizado, en efecto, este argumento, declarando que ciertas marismas eran demaniales precisamente por estar situadas en el cauce de un río y, por tanto, por ser el río y su cauce de dominio público, la marisma también tiene dicho carácter demanial (así, en la sentencia de 23 de noviembre de 1967, relativa a la laguna de la Janda, en Cádiz). Ahora bien, sin perjuicio de una crítica ulterior de la doctrina jurisprudencial aplicada al supuesto o supuestos de hecho concretos que la motivaron, debe advertirse —como ya antes se observara— que la primera operación a realizar es la distinción en el plano de la realidad física entre cauce y terreno pantanoso, entre zona marítimo-terrestre y marisma. No cabe confundir una cosa con otra, y no debe tomarse como resultado lo que precisamente constituye la cuestión. No es lícito —a pesar de ser frecuente— que al practicar un deslinde administrativo de una zona marítimo-terrestre o del cauce de un río, se incluya dentro de la zona o del cauce al terreno pantanoso o marisma, por el mero hecho de tener ese carácter físico. Habrá que determinar con exactitud (como antes se decía) hasta dónde llega la zona marítimo-terrestre o el cauce, y todo lo demás —aun cuando éste, y precisamente por ello, es marisma y terreno pantanoso— queda, por lo tanto, fuera del deslinde.

No obstante, según se expuso, es frecuente que la jurisprudencia del

Tribunal Supremo, como los dictámenes del Consejo de Estado, hablen —sin plantearse la cuestión— de concesiones de dominio público para referirse a las concesiones de marismas cuando recaen sobre terrenos del Estado. En estos casos, puesto que de esa calificación no se obtienen consecuencias jurídicas, se trata más de una forma de expresión que de un concepto técnico. Quiere aludirse con ello a las concesiones de terrenos del Estado, por oposición a las concesiones que recaen sobre propiedad privada.

Por nuestra parte, tenemos que insistir una vez más en la afirmación antes justificada de que las marismas pertenecen a la propiedad privada, ya del Estado, ya del Municipio, ya de los particulares. La Ley Cambó, fundamental en la materia, en ningún momento alude al dominio público. Todo lo contrario, habla de “terrenos de propiedad del Estado” o de terrenos “que por ser del Estado”... sin matizar esa propiedad del carácter demanial. Es importante recordar aquí que, conforme al esquema del Código Civil (indudablemente tenido en cuenta en el año 1918 por la Ley de Marismas, tanto por lo arraigado de la distinción del Código como por la relativa proximidad de fechas entre uno y otro texto legal, y como por la también relativa simplicidad del ordenamiento jurídico administrativo entonces vigente), todos los bienes “pertenecientes al Estado en que no concurren las circunstancias expresadas en el artículo anterior, tienen el carácter de propiedad privada” (art. 340); es decir, la regla general, por la amplitud de su carácter residual, es que los bienes pertenecientes al Estado sean de propiedad privada; sólo cuando estén destinados a un uso o a un servicio público tendrán el carácter demanial. En consecuencia, la Ley de 1918, cuando se refiere a los terrenos propiedad del Estado, está significando que lo son en concepto de propiedad privada y no a título demanial.

Acreditado, pues, este carácter privado de los terrenos pantanosos o marismeños, aun cuando sean de propiedad del Estado, bien fácil será fundamentar la siguiente proposición: la concesión de marismas no constituye una concesión de dominio público (puesto que no tiene por objeto bienes demaniales), sino una concesión de “obra pública”, proposición que debe predicarse tanto para el caso que la concesión recaiga sobre terrenos del Estado (de propiedad privada) como si tiene por base terrenos de los Municipios, de las provincias o, en general, de cualquier otro propietario.

De ello nos ocupamos a continuación.

VI

LA CONCESIÓN DE MARISMAS, CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

A) *La naturaleza de esta concesión en la Ley Cambó*

La Ley Cambó no duda en calificar a la concesión objeto de examen como “concesión de la obra” (art. 1.º). Y, por otra parte, al regular el contenido de la concesión, lo que se hace curiosamente con ocasión de fijar las reglas de su caducidad, se alude constantemente a la obra o a las obras. La Ley de 1918 se mueve, pues, dentro del marco general de la Ley de Obras Públicas de 1877, en torno a la cual cristalizó —recogiendo preceptos múltiples anteriormente dispersos— una figura central de nuestro Derecho administrativo liberal: la concesión de obras públicas.

Puede decirse, en efecto, sin hipérbole, que en torno a la figura de la concesión de obra pública se perfilaron —ya que no puede entenderse que nacieron— las más importantes instituciones del Derecho administrativo: el contrato administrativo, la expropiación forzosa, el servicio público, buena parte de la teoría del dominio público, la responsabilidad civil de la Administración, la misma teoría general de la concesión administrativa nacen o al menos se desarrollan a la sombra protectora de la obra pública. Todo aquello que no pudiera realizarse como una relación de poder o autoridad, debía —en el Estado libre— instrumentarse a través de una persona interpuesta: el concesionario, y la mayor parte de las veces el ejercicio de tales actividades exigía la previa realización de una importante obra de infraestructura: la construcción de la carretera, o de la vía férrea, o del puente, o de la obra de ensanche de una población o de la presa hidráulica; esto es, la construcción de la obra pública a la que el interesado se comprometía frente al Estado o frente al Municipio a cambio del beneficio que pudiera reportarle su explotación. La concesión de obra pública englobaba, al menos virtualmente, a lo que hoy llamamos dominio público y servicio público.

La dogmática moderna, empero, ha prescindido del concepto de concesión de obra pública para distinguir dentro de las concesiones llamadas (desde Ranalletti) traslativas entre concesiones de dominio público y concesiones de servicio público.

Sin embargo, la “vuelta a los orígenes” —recordada recientemente por GÓMEZ FERRER en su obra sobre *Las zonas verdes y espacios libres como*

problema jurídico— nos permite entender con mayor exactitud cuál fue el significado de un tipo de concesiones, como son las de marismas, que difícilmente pueden catalogarse como concesiones de servicio público (a menos que éste se entienda en un sentido tan laxo que desfigure su concepto) y menos aún como concesiones de dominio público (según lo expuesto anteriormente).

B) *La doctrina sentada por el Consejo de Estado en su dictamen de 14 de julio de 1964.*

Justamente por este afán de catalogar bajo categorías dogmáticas, esto es, al modo kantiano, bajo conceptos fundamentales mediante los cuales se intenta hacer posible el conocimiento de la realidad nouménica, pero cargados siempre de un subjetivismo *a priori* que en muchas ocasiones desfiguran dicha realidad, el Consejo de Estado se ha esforzado en algún dictamen en encuadrar las concesiones de marismas dentro de alguno de los tipos de la *summa divisio*: concesión de dominio público o concesión de servicio público.

En su dictamen de 14 de julio de 1964 (expediente núm. 30.042) trata, en efecto, el Alto Cuerpo Consultivo de clasificar las concesiones de marismas en alguno de dichos dos términos. Repara el Consejo de Estado en la dificultad de dar una respuesta simple y unívoca, porque, según sus términos literales :

“La concesión que regula la Ley CAMBÓ de 1918 no es una figura única y de contornos jurídicos típicos, sino más bien un conjunto de figuras concesionales diversas que se unifican legislativamente en un sentido finalista.”

Observación realmente acertada, puesto que sería inexacto calificar dicha concesión exclusivamente como de dominio público o exclusivamente como de servicio público, pero que arrastra el prejuicio clasificatorio de encuadrar a este tipo de concesiones dentro de una de las especies que *a priori* fija como términos de una división que pretende agotar toda la materia. La “unificación legislativa en un sentido finalista” no es otra que la unificación que ofrece la figura de la concesión de “obra pública”; obra pública que, según la Ley General del 77, puede realizarse con la cesión de terrenos del Estado o sin ésta, en cuyo caso se otorga el beneficio expropiatorio para proporcionarse los terrenos necesarios.

El dictamen citado sigue diciendo que

“hay supuestos técnicos de concesiones de obras superpuestas a una concesión de dominio público (cuando la totalidad de los terrenos saneados hubieran sido cedidos por el Estado) y supuestos genuinos de concesiones (concretamente de obras de saneamiento y desecación) cuando el Estado no cede en absoluto los terrenos a sanear, ya sea porque el instituto expropiatorio provea al solicitante de los terrenos objeto de desecación y saneamiento, ya porque sean de su propiedad los citados terrenos”.

Hasta aquí el dictamen del Consejo de Estado.

Reparemos, sin embargo, cómo el Alto Cuerpo Consultivo no puede prescindir totalmente de la figura de la concesión de obra pública en ninguno de los dos términos de la clasificación que propone. Cuando los terrenos son de propiedad del Estado, califica el Consejo a la concesión de marismas como concesión *de obra* superpuesta a la de dominio (con las reservas que sobre esto hicimos más arriba). Y cuando no son los terrenos de propiedad del Estado, habla lisa y llanamente de “concesión de servicios; concretamente, de *obras*”, albergando en su seno, en una vastísima configuración del concepto de servicios públicos, a este tipo de concesiones de obras.

C) *La naturaleza de concesión de obra pública, deducida de su objeto.*

Ahora bien, por más que se intente reconducir este tipo de concesiones a las de servicios públicos, siempre se encontrará con el obstáculo insalvable de que las prestaciones a cuya ejecución se compromete el concesionario frente a la Administración son las típicas de la ejecución de una obra y no las correspondientes a la gestión de un servicio.

Las figuras jurídicas deben necesariamente caracterizarse o tipificarse por las notas que se deriven de su propio contenido y no por el fin, próximo o remoto, que se pretende alcanzar con ellas. Los objetivos que se persiguen son materia ajena al Derecho, aunque no, claro está, a la Administración.

Pero al Derecho le interesa tan sólo la delimitación exacta del haz de derechos (subjettivos) y obligaciones, de potestades y deberes que componen una determinada relación entre dos sujetos, esto es, una relación jurídica. Y del examen de estos derechos y deberes que resultan del con-

tenido legislativo de la concesión de marismas es obvio que ésta responde neta y claramente a la figura de la concesión de obra pública. El concesionario asume como obligación frente a la Administración la de ejecutar las obras de desecación y saneamiento en el plazo señalado en el clausulado concesional, obligación cuyo incumplimiento sanciona la Ley con la pena de caducidad de la concesión (art. 3.º). La Administración se obliga frente al concesionario a otorgarle los auxilios económicos pertinentes y los correspondientes beneficios tributarios (art. 1.º).

La modalidad de la prestación debida por el concesionario nos sirve, pues (siguiendo metodológicamente, por todos, a KARL LARENZ), para tipificar la relación jurídica entre Administración y concesionario. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto la civil como la contenciosa, ha adoptado —en un tema paralelo, que es ya clásico en el Derecho administrativo, el de la diferenciación entre los contratos civiles y los administrativos—, a efectos de determinar la jurisdicción competente para conocer de los conflictos que presente —la jurisprudencia del Supremo—, repetimos, ha atendido a este criterio del contenido o modalidad de la relación jurídica (y no a la finalidad que trata de alcanzar el contrato) para delimitar unos de otros contratos. Y así ha entendido que el contrato es administrativo, no cuando, mediante él, se pretende la realización de un servicio público, sino cuando su objeto directo e inmediato sea precisamente la ejecución de obra pública o la gestión de un servicio público, esto es, cuando se trata de alguno de los “tipos” contractuales que el ordenamiento jurídico (por representar los contratos —como dice GARCÍA DE ENTERRÍA— que constituyen el giro o tráfico propio de la Administración) considera como contratos administrativos y los somete al conocimiento de los Tribunales contencioso-administrativos. Criterio que hoy ha tenido plena acogida en nuestra Ley de Contratos del Estado (art. 1.º) y en su Reglamento (art. 15) al exigir como nota caracterizadora del contrato administrativo precisamente la de que tengan por objeto *directo la ejecución* de una obra o la *gestión* de un servicio o la *prestación* de un suministro al Estado. El ordenamiento contractual vigente recoge, pues, como criterio de distinción entre contratos civiles y administrativos el del tipo o modalidad de la prestación debida por el contratista, rechazando, dada su extraordinaria vaguedad, el criterio teleológico o finalista.

En términos similares, podemos aplicar este criterio del tipo o modalidad de la prestación debida para caracterizar a la concesión objeto de este estudio.

VII

SIGNIFICADO DEL PLAZO DE DURACIÓN EN LA CONCESIÓN DE MARISMAS

Esclarecida, pues, la verdadera naturaleza de la concesión de marismas, nada podrá extrañar que el ordenamiento jurídico establezca un plazo de duración de la concesión. Pero —obsérvese bien— este plazo no es otro que el señalado para la ejecución de las obras de desecación y saneamiento.

Terminado dicho plazo, desaparece la relación concesional. Ningún tipo de prestación debe el antiguo concesionario a la Administración; ninguna potestad puede ya ejercer la Administración frente a aquél; ninguna obligación retiene ya a la Administración frente a su ex concesionario. Este puede disfrutar libremente de los bienes que constituyeron el sustrato material de la concesión (ya fuera de propiedad del Estado, ya de propiedad de los Municipios, de las Provincias o de los particulares).

Aquí puede encontrarse la prueba definitiva de cuanto hemos venido afirmando sobre la naturaleza de esta concesión. Si —como se ha pretendido en alguna ocasión— fuese una concesión de algún servicio público, el concesionario seguiría vinculado frente a la Administración como consecuencia de la gestión de dicho servicio. Pero ¿qué servicio público puede hallarse en el hecho de disfrutar y aprovechar para sí una propiedad inmueble? Evidentemente que ninguno. La relación concesional terminó con la ejecución de la obra. Es de notar que las causas de caducidad que la Ley CAMBÓ establece se refieren precisamente al incumplimiento de las prestaciones debidas por el concesionario por no haber iniciado la obra o por no haberla terminado dentro del plazo señalado. Pero una vez ejecutadas las obras, no existen causas de caducidad sencillamente porque se ha extinguido el vínculo o relación concesional.

El Consejo de Estado no ha dudado en declarar la extinción de la concesión, una vez realizadas las obras. En el dictamen antes aludido de 14 de julio de 1964, después de calificar impropiaamente, según hemos visto, a esta concesión como una concesión de servicios (en sentido laxo), estimó que :

“La relación concesional se extingue en la Ley que se estudia precisamente al término de las obras, ya que —como el mismo Consejo de Estado ha precisado en otras ocasiones— la concesión de

que se trata se agota 'por la realización de las obras con arreglo a proyecto y a satisfacción de la Administración', sin que existan con posterioridad a tal momento nuevas obligaciones concesionales. Y siendo esto así, no se alcanza a ver la posibilidad de poder iniciar, una vez terminadas las obras de saneamiento, una relación de concesión, cuyo contenido económico y jurídico se habría ya desarrollado con anterioridad al nacimiento del propio vínculo que lo justifica."

o

VIII

EL PROBLEMA DE LA REVERSIÓN: INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 126 DE LA LEY DEL PATRIMONIO DEL ESTADO A LA CONCESIÓN DE MARISMAS

A) *Planteamiento.*

1. *La reversión en la Ley de Marismas.*

Hemos llegado al término de nuestro camino, que era, valga la paradoja, su punto de partida. La concreta cuestión a la que trataba de dar respuesta nuestra investigación se centraba en el tema de la reversión de las concesiones de marismas o, más concretamente, en si es o no aplicable a este tipo de concesiones el plazo máximo de noventa y nueve años que establece el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado para todas las concesiones de dominio público del Estado.

Es preciso observar, en primer término, que dicha cuestión se plantea tan sólo para aquellas concesiones de marismas que recaigan sobre terrenos propiedad del Estado. En los demás casos no hay tal problema; es obvio que no se produce tal reversión y que el concesionario, una vez ejecutadas las obras pertinentes, adquiere plena y definitivamente la propiedad de los terrenos.

Limitado, pues, el problema a las concesiones que hubiesen recaído sobre terrenos propiedad del Estado, los términos de la cuestión son los siguientes:

En la Ley de 1918, el concesionario, realizada la obra, hacía suyo el terreno y podía inscribirlo a su nombre en el Registro de la Propiedad. Si el concesionario fuese un Ayuntamiento o una Diputación, los terrenos quedaban definitivamente de la propiedad de estos entes. Si, por el contrario, se tratase de cualquier otra persona, física o jurídica, pública o

privada, entonces la adquisición del terreno quedaba sujeta a la reversión al Estado al cabo de noventa y nueve años, si dichos terrenos hubiesen sido cedidos gratuitamente por el Estado. Pero, a su vez, tal reversión quedaba enervada siempre que el concesionario reintegrase al Estado el importe de la subvención recibida, más el 3 por 100 de interés anual desde el momento de su percibo. En definitiva, pues, quedaba a voluntad del concesionario consolidar definitivamente en su patrimonio el derecho de propiedad sobre los terrenos desecados y saneados.

2. *El artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado.*

La Ley del Patrimonio del Estado introduce —como se ha dicho— un plazo máximo de noventa y nueve años de duración de las concesiones de dominio público.

La doctrina posterior a la publicación de dicha Ley —sin plantearse formalmente el problema— ha seguido entendiendo que la concesión de marismas se otorgaba a perpetuidad o, más exactamente, que el concesionario se convertía definitivamente en propietario. Así, en el *Derecho administrativo especial, de GUAITA* (edición de 1966), y en la obra de MARTÍNEZ ESCUDERO *Playas y costas*, editada en 1970.

En el fondo de este común sentir está la necesidad de dar una solución práctica al problema que se presentaría si al cabo de noventa y nueve años, lo que originariamente fue un terreno pantanoso, saneado y desecado después, y quizá parcelado y edificado y en manos de múltiples propietarios, después de una cadena de transacciones, puede revertir al Estado todo él, con todo lo que se haya plantado, sembrado o edificado, en virtud de las reglas de la accesión previstas en el Código Civil.

No tendría justificación alguna una reversión producida en esos términos. La reversión opera en las concesiones de servicios públicos sencillamente porque el servicio en cuestión sigue perteneciendo a la titularidad de la Administración, aun cuando su gestión se realice por persona interpuesta: la del concesionario. Pero en este tipo de concesiones lo único que se persigue es la ejecución de una obra que, una vez realizada, queda en la utilidad privada del que fue su concesionario, aun cuando indirectamente se produjeran beneficios de carácter general (el propio beneficio del saneamiento). La Administración —ejecutada la obra— pierde ya sus titularidades; ninguna potestad cabe ejercitar frente a quien fue su concesionario. De ahí que carezca de sentido ocasionar una reversión de un bien jurídico sobre el cual carece de todo título.

B) *La doctrina sentada por el Tribunal Supremo. Crítica.*

No ha sido ésta, sin embargo, la solución adoptada por el Tribunal Supremo, a partir de la aparición de la Ley del Patrimonio del Estado, cuando se le plantea la cuestión de la reversión de las concesiones de marismas. Ya se hizo mención más arriba de las tesis mantenidas por las sentencias de 18 de diciembre de 1970 y de 13 de marzo de 1972, en las que se toma como punto de partida la idea de que la concesión demanial, si bien en el primer caso se rompe con la nota de perpetuidad de la transmisión de los terrenos (aplicando la Ley del Patrimonio) y en el segundo se la mantiene (considerando que son terrenos ganados al mar). Quizá en este sentido sea paradigmática la argumentación de otra sentencia —la de 19 de octubre de 1966— en la que se afronta también de modo directo el tema de la reversión, aun cuando para su correcto entendimiento haya que tener en cuenta que aún no se había promulgado la nueva Ley de Costas, Ley que pudiera quizá haber inclinado al Supremo a criterio análogo al que mantiene en la sentencia de 13 de marzo de 1972. He aquí el razonamiento de la de 19 de octubre de 1966 :

“Ha de decidirse en esta litis el punto concreto de si una concesión administrativa de desecación de marismas otorgada al recurrente ha de ser de carácter perpetuo, conforme a la Ley de Puertos (dictamen 15.889) (tesis de la parte) o debe prevalecer su temporalidad de noventa y nueve años, según la Ley del Patrimonio del Estado (Rep. 1.964, 896 y 1.024) (criterio de la Administración).

Hay que partir del principio de que esta última ordenación legal alcanza, en su órbita, tanto a disponer lo preciso para regular los bienes patrimoniales del Estado como los de uso general y los afectos a algún servicio público o fomento de la riqueza nacional y que integran el dominio público, según el artículo 339 del Código Civil. Así hay que deducirlo de la Ley de 24 de diciembre de 1962 (Rep. 2.340), que contiene las bases con arreglo a las cuales había de redactarse aquella normativa articulada. En efecto, en la ordinal XIX se habla de la necesidad de regular en este articulado las competencias en relación con el dominio público (obsérvese la expresión empleada, coincidente con la estricta terminología del Código Civil, y que el motivo de que en la Ley se contengan precisiones tocantes a tal dominio se justifica por la íntima ligazón de ambas esferas (las de los dominios público y patrimonial del Estado), determinada por los procesos de afectación, desafectación y

mutación de destino, originadora de la existencia de una corriente de bienes que discurren de un campo a otro, derivándose de ello la necesidad de que, donde la legislación demanial, se coadyuve a la defensa del dominio público y se cree un régimen de concesiones y autorizaciones de éste compatible con los intereses patrimoniales en potencia.

Estas previsiones marcan perfectamente el alcance del articulado que se dictó después, el cual, de modo claro, comprende la regulación de extremos del dominio público en los aspectos dichos, y es natural que la Administración, para defender esa patrimonialidad a que pueden devenir los bienes públicos, haya prudentemente suprimido el carácter perpetuo de las concesiones, que la ligaría indefinida y perturbadoramente en esas posibilidades de afectación y desafectación. Por eso en el artículo 126 se fija la duración máxima de todas aquéllas en noventa y nueve años, que es lo que se ha hecho, en cumplimiento de tal precepto, en el caso de autos. Es evidente que lo expuesto con fundamento en los textos básico y articulado impide admitir lo sostenido por la parte actora sobre la prevalencia respecto a esta ordenación de la perpetuidad concesional que contiene el artículo 55 de la Ley de Puertos; la legislación ha evolucionado; existe ya una regulación más específica de la demanial que no puede por menos de contener matices afectantes a la otra clase de dominio del Estado, los cuales, por lógica derogación, dejan sin efecto antiguas y opuestas prescripciones.

En abundamiento de lo que queda razonado, puede observarse que la base XIX, que se ha transcrito, alude a competencias en relación con el dominio público, que el citado artículo 126 está inserto en el capítulo relativo a concesiones y autorizaciones del mismo y que en su texto literal se refiere a todos los ministerios, incluido, pues, el de Obras Públicas.”

Como puede apreciarse, el Tribunal Supremo parte de la premisa de que la concesión de marismas constituye una concesión de dominio público.

La conclusión que obtiene podría ser certera si, en efecto, la concesión en cuestión fuese una verdadera concesión de dominio público. La sentencia no se hace cuestión de esta premisa sencillamente porque no fue discutida por el recurrente ni sobre ella versó el pleito.

Ahora bien, lo que cabe discutir es precisamente la premisa enun-

ciada. Las concesiones de marismas no son concesiones de dominio público, sino concesiones de obra. La cesión del terreno —cuando pertenece al Estado— no consiste en sí misma una concesión demanial, primero, porque tales terrenos no tienen ese carácter, y segundo, porque es simplemente una enajenación atípica de bienes, ligada a finalidades trascendentes al puro hecho de la enajenación. Ocurre algo similar con lo que sucede con las concesiones de urbanización reguladas en el artículo 132 de la Ley del Suelo. El objeto de la concesión es la obra de urbanización; la cesión de terrenos es instrumental a dicho objeto; pero tampoco se trata de una pura enajenación; el concesionario hace suyos los terrenos, una vez urbanizados. La concesión no recae sobre bienes demaniales. El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales —con la precisión que caracteriza a todos los Reglamentos de la Ley de Régimen Local— (artículo 15) califica como bienes de propios (y no como bienes demaniales) a los terrenos incluidos en el Patrimonio Municipal del suelo, sin perjuicio de que se trate de un “patrimonio afectado” en el más riguroso sentido del concepto. De ahí que, siendo bienes patrimoniales, la concesión de su urbanización no requiera ser calificada de concesión de bienes demaniales, sino simplemente de concesión de obras.

C) *Conclusión.*

En fin, el examen de uno de los rasgos esenciales del régimen positivo de las marismas nos ha llevado a sentir una proposición que choca con lo que aparentemente resultaría de una interpretación cargada de dogmatismo de los textos legales. Quede para otra ocasión el estudio analítico del contenido de la concesión de marismas, que es el segundo argumento esencial sobre el que ha de sustentarse la tesis aquí mantenida, de que se trata de una concesión de obras. Y es que la labor del jurista, la humilde y oscura tarea del jurista, exige profundizar en cada caso en la esencia de las instituciones, siempre de la mano de los textos positivos. Y es opuesta a una cómoda —a veces brillante— “huida a la cláusula general” o a la aparente deducción desde principios dogmáticos sentados con carácter apriorístico.

NOTA FINAL

En prensa ya este trabajo, llega a mi poder la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1972 (de la que es ponente el magistrado señor Martín Martín), cuya importancia para la tesis que aquí se sustenta es sencillamente decisiva. En efecto, la cuestión esencial planteada en el pleito es, precisamente, la decisión administrativa adoptada en un expediente de deslinde de la zona marítimo-terrestre, decisión que extiende dicha zona a terrenos colindantes pero que legalmente no pueden incluirse dentro de dicha categoría demanial, ya que el mar no los invade con la regularidad de su flujo, ni son alcanzados por las mayores olas de los temporales en las zonas en las que la marea carezca de sensibilidad. Ante una extensión excesiva e inadecuada de la zona marítimo-terrestre, la sentencia distingue netamente entre los terrenos que son asignables a esta última y los que no lo son, aunque aparezcan encharcados o formando verdaderas lagunas:

“Considerando: Que un estudio del expediente administrativo demuestra que *la inclusión en la zona marítimo-terrestre de terrenos distantes del mar 300 metros ha sido debido fundamentalmente a que los mismos en determinados parajes y ocasiones aparecen encharcados, existiendo dentro de la zona delimitada de los dos términos (San Pedro Pescador y Castelló de Ampurias) algunas charcas o lagunas sin —al parecer— comunicación directa con el mar;* tales datos unido al hecho jurídico acreditado de que parte del deslinde fue efectuado a instancia de la entidad privada Metsa, dedicada a la desecación y saneamiento de terrenos pantanosos como trámite previo a la futura concesión de terrenos marismesños y pantanosos (reconocido expresamente y tal sociedad fue oída, con protesta por parte de los propietarios colindantes, en el expediente) explica tal vez la confusión o mezcla, en cierto modo, de ambas cuestiones en un simple expediente de deslinde que ha de limitarse a señalar la línea del mar en sus mayores olas —en este caso—, pues

la zona marítima sólo puede alcanzar a terrenos en los que observándose la existencia de aguas marítimas su origen o existencia proceda de la acción directa del oleaje, no como consecuencia de filtraciones, ni menos por acumulación de aguas pluviales en una zona baja y pantanosa próxima a la línea del mar litoral sin desemboque por estar cerrada por una línea de duna en la playa y por los muros de contención de las canalizaciones de los ríos Fluvia y Muga (según informe de uno de los técnicos unido al expediente) y que por las características del terreno pueden adquirir incluso un grado de salinidad parecido al de las aguas del mar; extremos todos que acentúan, si cabe, la necesidad de una prueba pericial que aclare estos extremos que resultan fundamentales dado que cabe la existencia de lagunas, estanques o charcas dentro de la zona marítimo-terrestre como formadas por agua del mar, alimentados principalmente por la acción directa del oleaje, pero también no puede ignorarse dentro de la Ley, artículo 11, la existencia de lagunas, charcos, etcétera, aun cuando sean formados por agua del mar y aun cuando tengan alguna comunicación con él mismo fuera de la zona marítimo-terrestre, al poder ser de propiedad privada si se encuentran en terrenos de tal naturaleza con virtud de la regla general de la accesión; por eso —y a pesar de que el acta notarial de presencia y la prueba gráfica demuestra que la parte discutida de la finca del demandante es un suelo seco y dotado de vegetación—, no resulta exagerado afirmar que en el expediente, base de la resolución recurrida, se mezclan o confunden dos cuestiones diversas o al menos no aparece suficientemente acreditado el por qué la línea de la zona marítimo-terrestre alcanza tan grande profundidad en el caso estudiado; interrogante que permite a la Sala concluir, en base de una ponderada apreciación de la totalidad de la prueba practicada en el expediente, de que, en este caso, faltan razones técnicas y jurídicas justificadoras de tal decisión, y que propiamente merecen ser calificadas de inexcusables, al implicar su falta, de un lado, ausencia de motivación suficiente al acto aprobatorio del deslinde con infracción de los artículos 43 y 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo; y lo que es más esencial, violación, por extralimitación, de los artículos 1 y 11 de la Ley de Puertos (coincidentes con los correlativos de la Ley de Costas) que imponen por aplicación del apartado 1 del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo la anulación de las resoluciones recurridas, dejando sin efecto el deslinde aprobado en lo que afecta a finca

del recurrente; debiendo la Administración, si así lo estima conveniente, proceder a efectuar un nuevo deslinde al que han de servir de pauta las directivas expuestas en esta sentencia, y sobre todo en la inexcusable necesidad de apoyarse en un juicio técnico pericial armonizable con la apreciación conjunta de las demás pruebas vertidas en el expediente, debiendo, mientras no se realice el nuevo deslinde, de adoptar cuantas medidas sean precisas para respetar el estado posesorio que mostraba la finca del recurrente con anterioridad al acto aprobatorio del deslinde que aquí se anula.”

JURISPRUDENCIA

