

Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría

por

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE

Doctor por la Universidad de Oviedo

Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica Argentina

SUMARIO

- I. LA ACTUALIDAD DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS ANTE LAS NECESIDADES DE FINANCIACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.
- II. EL ORIGEN DE LA TEORÍA ACERCA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS:
 - A) LA FORMULACIÓN INICIAL POR PARTE DE HAURIOU.
 - B) EL INSTITUCIONALISMO COMO CATALIZADOR DE LA TEORÍA.
 - C) LA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DE RIGAUD.
 - D) LAS CRÍTICAS INMEDIATAS.
- III. REFUTACIÓN DE LAS PRINCIPALES OBJECCIONES A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS A LA LUZ DE NUESTROS DÍAS:
 - A) LA INALIENABILIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO.
 - B) LA REVOCABILIDAD O PRECARIEDAD DEL USO DIFERENCIAL SOBRE BIENES PÚBLICOS.
 - C) LA ALEGADA VIGENCIA DEL *NUMERUS CLAUSUS* EN LA ESFERA PÚBLICA.
- IV. AFECTACIÓN, DEMANIALIDAD Y DERECHOS REALES:
 - A) INMEDIACIÓN Y ABSOLUTIVIDAD, SUSTRATO DEL DERECHO REAL.
 - B) LA MEDIATIZACIÓN DE LA FÓRMULA REAL POR EL INSTITUTO ESTRICAMENTE PÚBLICO DE LA AFECTACIÓN.
 - C) LA SUSTANTIVIDAD DE LA AFECTACIÓN COMO SITUACIÓN JURÍDICO-REAL AUTÓNOMA.
- V. ÁMBITO FUNCIONAL DE LA CATEGORÍA:
 - A) EL ELEMENTO TELEOLÓGICO COMO PIEDRA DE TOQUE.

B) CLASIFICACIÓN:

1. *Dominio.*
2. *Derechos de goce.*
3. *Derechos de garantía.*
4. *Derechos de adquisición.*

I. LA ACTUALIDAD DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS ANTE LAS NECESIDADES DE FINANCIACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el estudio de la fórmula que representa el derecho real, una de las tendencias de los últimos años ha pasado por la recurrente apelación que a ella viene realizándose en sede administrativa. Ya no es que se tolere la comunicación de la noción al ámbito público, con salvedad de las potestades que hacen a la Administración y los recaudos típicos del dominio público; antes bien, lo que ahora se propone, con incipiente recepción legislativa, es favorecer a los concesionarios, principalmente, de obras públicas, otorgándoles un estatuto de seguridad mejorado.

Con tal objetivo, en Francia, la Ley 94/631, de 25 de julio, habría de agregar al Código del Dominio del Estado toda una sección atinente a las ocupaciones de bienes demaniales, articulado por el que, en primer lugar, se presume constituido un derecho real a favor del concesionario si es que otra cosa no se dispone. El derecho real, que por expresa previsión legal confiere a su titular las «prerrogativas y obligaciones del propietario», está limitado al tiempo fijado en la concesión, el cual, con todo, no podrá exceder de los setenta años, estando facultado el concesionario a cederlo, transmitirlo o gravarlo. Particularmente importante en este punto es la posibilidad de hipotecarlo, hipoteca que sólo podrá servir para el aseguramiento de los créditos que se contraigan para financiar la realización, modificación o extensión de las obras correspondientes; si la garantía hubiera de realizarse, si procediera la ejecución de la concesión por incumplimiento de las obligaciones a cargo del titular con respecto a su acreedor, no sería el bien público el que se rematara, sino el derecho real que sobre él recayera, con extensión, eso sí, a las obras, construcciones e instalaciones que se hubieran incorporado, situación por la que, todo lo más, se llegaría a la sustitución en la persona del concesionario.

Con respecto a nuestro ordenamiento, la cuestión derivó en la promulgación, como sabemos, de dos leyes: la 13/2003, sobre el Contrato de Concesión de Obras Públicas, y la 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (estatal, autonómica, local; entidades de Derecho público). Ambas disposiciones se hallan inspiradas en el precedente galo, con miras a hacer más atractiva la institución concesional para el capital privado. Entre sus

objetivos, la primera propende a evitar la congelación de la inversión a realizar por los empresarios, tanto como a posibilitar, desde el justo momento en que se perfeccione el contrato, la inserción de la concesión, del derecho real a su través creado, en el tráfico mercantil, pudiendo cederse o hipotecarse. Más explícitamente, los artículos 97 y 98 de la Ley 33/2003 habrían otorgado carta de plena naturaleza a los derechos reales sobre las obras, construcciones e instalaciones ubicadas en el dominio público, siguiendo, *grosso modo*, la regulación francesa (1).

La incursión legislativa bastaría, por tanto, para acreditar la oportunidad del tema escogido. Pero la tarea no debe restringirse al coyuntural, siquiera particular, problema atinente a la financiación de infraestructuras. Es más, difícilmente podrá resolverse el asunto si no se avanza primero sobre las circunstancias más generales que atañen a los derechos reales administrativos, explicando, en primer lugar, el origen doctrinal de la figura (2). Retro-

(1) Por su interés, se trasciben, desde ya, ambos preceptos:

Artículo 97. *Derechos reales sobre obras de dominio público.* 1. El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión. 2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario.

Artículo 98. *Transmisión de derechos reales.* 1. Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario, a que se refiere el artículo precedente, sólo pueden ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión. 2. Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones sólo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada. En todo caso, para constituir la hipoteca será necesaria la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión. Si en la escritura de constitución de la hipoteca no constase esta autorización, el registrador de la propiedad denegará la inscripción. Las hipotecas constituidas sobre dichos bienes y derechos se extinguirán con la extinción del plazo de la concesión.

(2) A modo de selección, como referentes anteriores al dictado de la nueva regulación sobre los bienes de las Administraciones Públicas, cabe citar la tesis de ÁLCALA ZAMORA sobre la condición real del derecho derivado de una concesión del dominio público (cfr. *La concesión como contrato y como derecho real*, Madrid, imprenta de Julián Espinosa, 1918); el estudio monográfico de GÓNZALEZ PÉREZ sobre *Los derechos reales administrativos* (publicado primero en esta *Revista*, en su núm. 346-347 de marzo-abril de 1957, editado como facsímil por Civitas en 1975, y que aquí se citará en su edición de 1989); la somera indicación a la noción en los *Apuntes* de la Cátedra de GARCÍA DE ENTERRÍA en la Universidad Complutense, donde se incluye el estudio del dominio público dentro del epígrafe más general sobre los derechos reales administrativos, en la consideración de que no habría de restringirse el concepto al uso por los particulares de los bienes del dominio público, ofreciendo la teoría del dominio público muchos más supuestos; y el *Tratado* de GARRIDO FALLA en la parte pertinente (confrontado, para este trabajo, en su tomo II, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 339 y sigs.).

traernos al momento de su gestación teórica, a comienzos del siglo pasado, nos servirá para calcular el grado de compatibilidad del derecho real, tal y como se lo conoce en sede civil, con la inalienabilidad característica del dominio público; en otras palabras, para saber si el derecho real pretendido puede entra  narse una suerte de desmembración de este, por tradición, prohibida. Vinculado irremediablemente con ello, corresponderá despacharse sobre el problema clásico de calificación en torno al dominio público, así como a la titularidad que trae aparejada, aspecto que suele resolverse en contra de su consideración como propiedad, al menos en el ordinario sentido de esta, por lo que, con mayor razón, tampoco habría de considerarse derecho real alguno.

II. EL ORIGEN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS

A) LA FORMULACIÓN INICIAL POR PARTE DE HAURIOU

La noción de derecho real administrativo se bendice a partir de la nota de HAURIOU al *arr  t* del Consejo de Estado, de fecha 25 de mayo de 1906, *in re* «Ministro de Comercio contra Ferrocarriles de Orle  ns» (3). Habiéndose declarado en aquella ocasión a favor de la compa  nia de trenes un derecho exclusivo de disfrute sobre los terrenos afectados al servicio público que se le había conferido, esto impulsó al autor a plantearse, con un carácter más general, la naturaleza del derecho de los ocupantes del dominio público previa concesión habilitante. La visión más común en la época era la que veía en la situación del concesionario o permisionario del dominio público una posesión precaria y revocable, que si bien era compatible con su protección interdictal frente a los ataques o injerencias de extraños, no llegaba a la entidad de los derechos reales; su asimilación con estos atentaría contra la consustancial inalienabilidad de esos bienes (4).

(3) Publicada inicialmente en el repertorio *Sirey* 1908, III, pág. 65 y sigs., y recopilada más tarde en HAURIOU, *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929. D'apres les notes d'arrets du Recueil Sirey*, París, Recueil Sirey, 1929, III, pág. 270 y sigs.

(4) Por su valor histórico, conviene precisar la tesis originaria de HAURIOU acerca del derecho del concesionario, volcada a『nios a『rs en su comentario al fallo «Rodet», de 10 de enero de 1890, también del Consejo de Estado (cfr. *Recueil, Sirey* 1892, III, págs. 41 y sigs.). En aquella ocasión había calificado el concreto de sepultura como un doble derecho personal, constituido a partir de una concesión de dominio público que otorgaba la simple posesión del bien al concesionario y a la que se acompañaba una convención accesoria, por la cual la municipalidad competente se comprometía ceder a perpetuidad ese terreno u otro de iguales características, si es que hubiera de trasladarse el cementerio; en el supuesto, por tanto, no se daban más que relaciones obligacionales, aunque proyectadas sobre un bien concreto del dominio público (cfr. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas. Historia y problemas jurídicos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935, pág. 237).

Para el maestro francés un nuevo examen se imponía. Era cierto que la demanialidad de los bienes impedía la constitución de gravámenes del Derecho Civil, tales como el usufructo o la enfitheusis, pero ello no significaba que tales bienes estuvieran alejados de un modo absoluto del tráfico jurídico en la medida en que el Derecho Administrativo vendría a admitir el comercio sobre el dominio público a través de los procedimientos que él mismo establece. Mediante el juego de la concesión, el Estado rentabilizaría sus recursos, autorizando sobre ellos la constitución de derechos de indudable contenido real, susceptibles de ejercerse a través de la posesión y de generar la pertinente indemnización en caso de violentarse. Si el derecho real se configura a partir de las notas de inmediación —aprovechamiento directo de las cosas, sin intercesión de un sujeto que haya de realizar una u otra prestación— y oponibilidad —eficacia frente a terceros—, ambos postulados se observarían también en aquéllos, con la particularidad, esencial para la especie, de su temporalidad y revocabilidad a instancia de la Administración concedente y siempre por razones de interés público (5). Y así distinguía según los casos: el concesionario de un servicio de tranvías tendría sobre la vía pública un derecho de uso; los dueños de las casas que dieran a la calle, una suerte de servidumbre; los titulares de sepulturas en un cementerio público, un derecho muy parecido al del propietario, por ser sólo revocable si se decidiera por las autoridades trasladar de lugar el cementerio, aunque con el compromiso de concederle en su nuevo emplazamiento una sepultura de similares condiciones, etc.

Expuestas como anteceden las líneas maestras de su pensamiento, HAUROU utilizará la séptima edición de su *Compendio de Derecho Administrativo*, publicada en 1911, para volver sobre el tema (6). Repetirá básicamente aquellas ideas pero con el objetivo de profundizar en la dimensión exacta de la precariedad atribuida al derecho del concesionario. Intuyendo la relevancia de este punto en el éxito que pudieran alcanzar finalmente sus postulados —resulta difícil de concebir un derecho real que es oponible a todos menos al que lo haya concedido—, establecería aquí algunas correcciones, a saber: 1.) la revocación del permiso de ocupación temporaria nunca podría ejercerse arbitrariamente, respondiendo indefectiblemente a «razones de buena administración»; 2.) nada obstaría, reputándose, antes bien, conveniente que la Administración se comprometiera a no ejercer su potestad de revoca-

(5) Textualmente: «*Ce droit réel ne relève pas du droit civil, mais du droit administratif. Il y ainsi toute une catégorie de droits réels administratifs, dont la caractéristique est d'être temporaires, révocables dans l'intérêt du service public ou rachetables*» (HAUROU, *La jurisprudence...,* cit., pág. 280).

(6) Cfr. *Précis de Droit Administratif et de Droit public*, París, Recueil Sirey, 1911; aquí se seguirá la edición inmediatamente posterior, que viera la luz en 1914, en sus páginas 669-670 y 736 y sigs.

ción durante un cierto lapso de tiempo; 3.º) en cualquier caso, la precariedad de la concesión habría de operar sólo respecto del órgano concedente, encontrándose inmerso el ocupante en una situación definitiva y perfecta frente a los terceros: incluso en el supuesto de trabajos imprevistos llevados a cabo o por cuenta de un ente oficial distinto al concedente, el concesionario tendría derecho a una indemnización por los perjuicios que se le causaran; 4.º) igualmente, mientras la Administración no retirase la concesión formalmente, incoando el procedimiento correspondiente, a pesar de gozar de un amplio margen de discrecionalidad para iniciarla, tendría que respetar la ocupación concedida, con lo que cabría mantener, pese a todo, una cierta oponibilidad del derecho del concesionario también frente a ella; 5.º) si, como se supone, toda concesión pública se hace «a salvo de los derechos e intereses de terceros», esta cláusula secular e implícita conllevaría que el otorgamiento de una nueva concesión, de un nuevo derecho real administrativo sobre los mismos bienes, no pudiera entrañar por su solo hecho la revocación de la concesión previa todavía vigente (7).

B) EL INSTITUCIONALISMO COMO CATALIZADOR DE LA TEORÍA

Concluía HAURIOU su comentario al fallo citado advirtiendo que quizá fuese prematuro organizar una teoría completa de los derechos reales administrativos; bastaba, por el momento, con tener presente el concepto para una mejor comprensión de la realidad subyacente a las concesiones (8). Esa teoría tampoco la acometerá en su *Compendio*, el cual aprovechará únicamente, como hemos visto, para perfilar, un poco más, la figura. Sin embargo, el testigo será recogido por quien fuera uno de sus alumnos, después discípulo, en la Facultad de Toulouse, Louis RIGAUD, que con apenas un lustro de diferencia publicará el libro *La théorie des droits réels administratifs* (París, 1914). La adscripción del autor al pensamiento jurídico-político de su maestro es total, como ya anticipara en su renombrada Tesis Doctoral, en la que se ocupara del tipo genérico de derecho real, de su ontología y génesis (9).

Aquella primera investigación de RIGAUD supuso una contestación directa a la tesis obligacionista acerca del derecho real propiciada, quizás sin pretenderlo, por un sector de la doctrina civilista. A la concepción clásica que veía en el derecho real una relación directa entre el titular y la cosa de la que emergería un poder de exclusión *erga omnes*, se contraponía la imposibilidad técnica

(7) Cfr. HAURIOU, *Précis...*, cit., págs. 737-738.

(8) Cfr. *La jurisprudence...*, cit., págs. 280-281.

(9) *Le droit réel. Historie et théories: son origine institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912, traducida al castellano por XIRAU en 1928 (*El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, Madrid, Reus).

de tratar una relación jurídica que no fuera entre personas. Como indicaba PLANIOL, no podía haber «relación jurídica entre una persona y una cosa, porque dar un derecho a un hombre sobre una cosa equivaldría a imponer una obligación a la cosa, hacia el hombre, lo que sería un absurdo. El derecho no puede existir a favor de una persona más que contra otras personas capaces de soporarlo como sujetos pasivos, es decir, como sujetos obligados» (10).

No era tampoco convincente aludir a un nexo inmediato con las cosas, cuando algunos de los derechos tenidos históricamente por reales, difícilmente lo manifestarían: así, la hipoteca o las servidumbres negativas, por ejemplo, de no elevar un edificio a más de una determinada altura, de no concurrir en determinado rubro, etc. Por el contrario, existirían derechos, como el del locatario, juzgados tradicionalmente como personales, donde el contacto con la cosa se haría evidente. Según todo ello proponía una nueva explicación acerca de los derechos reales: se trataría de derechos personales o crediticios donde el sujeto pasivo obligado no sería un sujeto o varios predefinidos, sino la comunidad por entero, consistiendo, precisamente, el contenido de la relación en una prestación de no hacer a cargo de todos y cada uno de sus integrantes, por cuanto habrían de abstenerse de interferir entre el titular y la cosa.

Para desbaratar estos argumentos, RIGAUD aborda toda una nueva elaboración a partir de la visualización por HAURIOU de la institución como fundamento de la sociedad y el Estado (11). Por institución, más allá de las muy variadas acepciones que en Derecho pueden asignársele, se habrá de entender en este sentido el cuerpo social, la colectividad primigenia organizada espontáneamente (*la gens romana*, el clan céltico, la *Sippe germana*) en cuyo seno las situaciones de hecho irán legitimándose mediante la continuada aceptación entre sus miembros hasta convertirse en estados de derecho, en derechos subjetivos. Son las instituciones las que crean las reglas jurídicas —se dirá— y no éstas las que crean aquéllas, y entre esas primeras reglas en plasmarse, en arribar a su «*institucionalización*», estarán los derechos que hoy llamamos reales, los cuales se cifrarán en la consolidación de una situación en favor de un miembro en particular de la sociedad, debida y consecuentemente tutelada frente al resto. Fíjese en que «el hombre, por el solo hecho de serlo y de necesitar de las cosas del mundo exterior para cumplir su destino, tiende, por lo menos, a partir de un cierto desenvolvimiento de la vida social, a adquirir una situación permanente frente a las cosas, a establecerse y fijarse en ellas» (12).

(10) *Traité Élémentaire de Droit Civil*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1915, págs. 651-652, nota 2.

(11) Cfr. HAURIOU, *Principes du Droit Public*, París, Librairie de la Société du Recueil J. B. & du Journal du Palais, 1910; *id. La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, trad. SAMPAY, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

(12) RIGAUD, *El derecho...*, cit., pág. 249.

La teoría institucionalista localizaría, por tanto, el fundamento de los derechos reales en un marco originario, natural y autónomo, lo que, sin duda, será su más importante legado: esa búsqueda por la razón de la categoría en el plano de lo metajurídico (13). Por haberse diseñado sobre estas bases, se comprende la muy escasa repercusión que habría tenido entre los *iusprivatistas*. Y a la inversa, es por ello que tampoco debería extrañar la expansión funcional del derecho real más allá del Derecho privado. RIGAUD, incluso, utilizaba como demostración más actual de las transformaciones convalidadas por la institución, la de los ocupantes y concesionarios del dominio público. «Durante mucho tiempo —advertía— se ha dicho que estos ocupantes no tienen ningún derecho real, no hay en provecho suyo ninguna apropiación de dominio, tanto más cuanto el dominio es inalienable. Y después, poco a poco, por la fuerza de las cosas, por la prolongación y la multiplicación de estas situaciones en consideración a los intereses revelados, se ha venido a la conclusión de que era justo reconocer a los ocupantes un cierto título jurídico individual y que era posible concederles derechos reales de naturaleza administrativa que no atacan a la inalienabilidad del dominio, que son modo de apropiación administrativa, sin ser desmembraciones de la propiedad civil» (14).

C) LA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DE RIGAUD

Imbuido de aquel espíritu, RIGAUD saca a la luz, con tan sólo dos años de diferencia, su monografía sobre los derechos reales administrativos. Introducía su trabajo señalando que el derecho real sería una forma primigenia del pensamiento jurídico, que habría sido concebida, como la noción de cosa, mucho antes de que fuesen elaboradas las teorías de la obligación y del patrimonio. Nada obligaría, por tanto, a encerrar el concepto dentro del círculo del Derecho Privado Patrimonial, aunque en su seno se aplicara con preferencia (15).

Su estudio lo divide, luego, en tres partes. En la primera describe las distintas situaciones a calificar, empezando por aquella en que se encuentra la Administración respecto del dominio público, siguiendo con las relaciones que pueden precisarse entre el dominio público y las propiedades privadas, en alusión al problema de las servidumbres administrativas, y terminando con la relativa a los ocupantes del dominio público. En la segunda, reseña las teorías mayormente aceptadas en la época para explicar cada una de tales situaciones, sin que ninguna le parezca satisfactoria: así, la atributiva al Estado de un

(13) Como ya advirtiera FAIRÉN (cfr. «Derechos reales y de crédito. Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción», en *Revista de Derecho Notarial*, XXIII [1959], pág. 253).

(14) *El derecho...,* cit., pág. 254.

(15) Cfr. *La théorie des droits réels administratifs*, París, Sirey, 1914, pág. 2.

poder general de policía, de guarda y vigilancia (*garde et surintendance*) sobre los bienes de dominio público, con negación de todo derecho de propiedad; la de la disociación de las servidumbres de utilidad pública de las civiles; la de la locación en relación con el estatuto del concesionario; la de pura tolerancia o precario tratándose del permisionario, etc.

En la tercera parte, finalmente, el autor hace su aporte, sintetizado por él mismo en las siguientes cuatro proposiciones (16):

- 1.^{a)} La existencia de instituciones administrativas que, en cuanto dotadas de personalidad jurídica (Estado, departamento, comuna), ostentarían sobre el dominio público un verdadero derecho de propiedad.
- 2.^{a)} Esa propiedad de las personas administrativas sobre las dependencias del dominio público podrá irradiar, repercutir sobre las propiedades de titularidad privada por el juego de las servidumbres administrativas que le son accesorias.
- 3.^{a)} Por su parte, los particulares podrán ejercer y disfrutar sobre el dominio público derechos reales de naturaleza administrativa, sea que deriven de una relación de vecindad (*voisinage*) o de una disposición legal, sea que se constituyan mediante concesión o permiso de ocupación temporaria.
- 4.^{a)} Tanto la propiedad de las personas administrativas, las servidumbres de utilidad pública, como los derechos reales mencionados, se diferenciarían de las situaciones análogas del Derecho Civil —propiedad privada, servidumbres y demás derechos de goce—, desde un doble punto de vista: de un lado, por virtud de sus modos de constitución, por esencia administrativos y, en consecuencia, distintos a los del comercio privado: básicamente, expropiación, afectación, concesión y permiso. De otro, por su duración (dígase, mejor, condición), ya que estos derechos se hallan supeditados en cualquier caso al interés público, que otorga a la cosa la cualidad de dependencia del dominio público mientras no se excluya, normalmente, mediante un acto expreso de desafectación. El derecho de la Administración-propietaria o el derecho real del particular —de suyo éste limitado— variarían, así, del dominio o de los derechos reales menores ordinarios en cuanto a su régimen y duración, a partir de la destinación pública impuesta con respecto al uso, aprovechamiento y hasta disposición de las cosas.

Así esquematizado, no puede decirse que el planteamiento de RIGAUD sea de suyo excesivamente original. Sin embargo, presenta la ventaja de sistematizar en un marco general las impresiones que habría ido volcando HAU-

(16) Cfr. *La théorie...,* cit., págs. 249-250.

RIOU sobre el dominio público con refrendo en la jurisprudencia (17); repárese en que habría sido éste también el que probara que las diferencias entre la propiedad y el demanio no se antojaban tan insalvables como se postulaba desde la influyente Escuela de Burdeos (DUGUIT, JEZE, LAUBADÈRE). Por otra parte, la amplitud de criterio con la que se mueve RIGAUD en cuanto al ámbito de los derechos reales de carácter administrativo contaría, además, con un marcado precedente en la literatura jurídica italiana, al que el propio autor remitía (18). En concreto, me refiero a la obra de Dante MAJORANA, un breve estudio donde ya se admitía el instituto de la propiedad aplicado al dominio público y el de los derechos reales de los particulares sobre el dominio bajo el nombre de *usi civici* (19). En tal sede se hacía eco igualmente de los derechos públicos que cabría constituir sobre el dominio privado: servidumbres, limitaciones y cargas de Derecho Público.

D) LAS CRÍTICAS INMEDIATAS

Entre los grandes expositores franceses, la tesis de los derechos reales administrativos fue rechazada de plano. Aunque algunos habrían de sostener la premisa de que la Administración tendría sobre el dominio público un derecho de propiedad, público, pero propiedad al fin y al cabo, lo común entre ellos será resistirse a la admisión de la figura genérica del derecho real en su vinculación con el uso especial otorgado sobre bienes públicos. Como afirmaba DUGUIT, la categoría jurídica del derecho real habría sido inventada para el régimen de la propiedad privada; sería un elemento de ese régimen. No sería, por tanto conveniente, su extensión fuera de ese campo, so pena de arribar a complicaciones y dificultades inexplicables. La posición del permisionario, del concesionario, o consistiría en un derecho real, con lo que no habría necesidad de utilizar ningún epíteto, o bien se trataría de una relación propia del Derecho Administrativo, sin razón, por tanto, para calificarla de otro modo (20).

BERTHÉLEMY mantenía parecida opinión. A su juicio, por la concesión no se generaba derecho real alguno, cualquiera fuera la forma en que se calificara. Y ponía el ejemplo de aquel que obtuviera de la Administración, mediante el pago de la tasa correspondiente, el derecho de instalar carpas en la orilla del mar, quien no devendría usufructuario, ni usuario, ni superficiario

(17) Vid., como buen resumen, DE VELASCO, «Naturaleza jurídica del dominio público, según Hauriou», en *Revista de Derecho Privado*, 1921, pág. 230 y sigs.

(18) Cfr. RIGAUD, *El derecho...,* cit., pág. 297.

(19) Exactamente: MAJORANA, *La teoria dei diritti pubblici reali*, Catania, Giannotta, 1910.

(20) Cfr. *Traité de Droit Constitutionnel*, III, París, Fontemoing, 1930, págs. 384-385.

sobre tales emplazamientos, ni ostentaría sobre el dominio ningún derecho oponible a terceros, por ende, ningún derecho real (21).

En una lectura más permisiva, sin embargo, LAUBADÈRE consideraba como objeción más grave la de la precariedad, la de la falta de oponibilidad del pretendido derecho real frente al órgano concedente; soslayar este dato comportaría convalidar no ya una mera transposición de conceptos, sino la desnaturaleza de la misma idea de derecho real (22). Según antes había recalcado TROTABAS, debía evitarse recurrir en Derecho Público a las fórmulas del Derecho Privado, por cuanto desde que se habla de derecho real se está obligado a reconocer que esos supuestos derechos reales son, en la especie, bien diferentes de los que existen en el Derecho Privado, con la consiguiente necesidad de hacer salvedad de su específico significado, en cuanto a la relación especial y tan distinta que rige entre el titular del derecho que se pretende absoluto y la Administración otorgante. En definitiva, se estaría tan alejado de la noción originaria de derecho real que no se comprendería qué ventajas pudiera traer consigo el vocablo (23). La inutilidad, cuando menos, sería su justo correlato.

III. REFUTACIÓN DE LAS PRINCIPALES OBJECIONES A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS A LA LUZ DE NUESTROS DÍAS

Dada la reiteración doctrinal que se ha destacado en la materia, se hace preciso, para fundamentar en tono afirmativo la propia noción de derecho real administrativo, apuntar las razones que coadyuvarían a desmontar las principales objeciones que se han formulado en su contra. Estas objeciones serían, fundamentalmente, tres: la inalienabilidad del dominio público, el carácter precario de las autorizaciones administrativas de uso y la vigencia del *numerus clausus*, siquiera, en el Derecho Público.

A) LA INALIENABILIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO

Por el principio de inalienabilidad se garantiza la inseparabilidad del dominio público con respecto a su destino manteniendo la titularidad pública de los bienes (24). A su respecto, lo primero que, con SÁINZ MORENO hemos de pre-

(21) Cfr. *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, Rousseau, 1933, pág. 48.

(22) Cfr. *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, pág. 770.

(23) Cfr. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers. Essai de classification juridique*, París, Dalloz, 1924, pág. 91.

(24) Cfr. CLAVERO ARÉVALO, «La inalienabilidad del dominio público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 25 (1958), págs. 41-42.

guntarnos es sobre si, a la hora de la verdad, la inalienabilidad armoniza con la idea exacta de propiedad, o lo que es lo mismo: ¿puede concebirse el dominio público como una clase de propiedad, pese a que el titular de la misma no puede enajenar libremente la cosa objeto de su derecho? Todo depende, como resalta el autor, de lo que entendamos por contenido esencial de la propiedad. Si su noción jurídica elemental ha de incluir la nota de la libre disposición de los bienes, es claro que no puede hablarse de dominio público como una propiedad inalienable al servicio de un fin público, porque no sería una «propiedad». Sin embargo, al menos en los ordenamientos que siguen nuestro mismo sistema, «ni las cosas objeto de la propiedad pública son inalienables en términos absolutos (la desafectación hace pública su salida del régimen jurídico de las cosas públicas y su posterior enajenación), ni la propiedad privada es incompatible con ciertas restricciones a la libre enajenación de los bienes... No parece, por tanto, que exista obstáculo, desde esta perspectiva, para configurar el dominio público sobre la base de la institución de la propiedad aunque sea una propiedad inalienable en tanto que conserve el carácter de pública. La inalienabilidad producida por la afectación no es, por sí sola, una característica incompatible con la calificación de estos bienes como una clase de propiedad. La posibilidad de una desafectación opera potencialmente como una vía de recuperación de la facultad de disponer» (25). Pero no se piense que la afectación consiste en un mero requisito de forma, por la sencilla razón de que ese requisito «determina por sí mismo la cesación del dominio público, lo que implica que la venta posterior no es de dominio público, pues la desafectación extingue dicha cualidad»; a reserva, claro está, de que el órgano competente para la desafectación lo sea también para la venta, lo que en Derecho Administrativo no se da ineludiblemente (26).

Lo que de ninguna manera permite la inalienabilidad es que un bien del dominio público pertenezca en propiedad a una persona física o jurídica particular, en tanto no se produzca su desafectación, no necesariamente formal en todo caso. En otras palabras, consagrada la distinción acuñada por HAURIOU entre el tráfico jurídico público y privado, sobre el dominio público

(25) «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la “Revista de Administración Pública”», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150 (1999), págs. 504-505.

(26) CLAVERO ARÉVALO, *ob. cit.*, pág. 36. Desde esta posición se contesta, como se dice, a esa otra visión que advierte sobre lo inapropiado de hablar de la inalienabilidad, dado que la Administración puede enajenar desafectando. Menciona CLAVERO especialmente la opinión de WALINE, para quien decir que el dominio público es inalienable refleja una expresión desgraciada, ya que en Derecho Privado la inalienabilidad de ciertos bienes que no pueden venderse obedece a que las partes están sometidas voluntariamente a unos textos que ellos no pueden modificar. Por el contrario, corresponde a las autoridades cualificadas del Estado hacer cesar la inalienabilidad del bien del dominio público mediante su desafectación (cfr. *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, París, Sirey, 1946, pág. 444).

no puede haber ningún otro derecho real pleno que el que la figura representa, resultando nula de nulidad absoluta cualquier transmisión o adquisición de la titularidad de un bien público por fuera de los medios previstos en el Derecho Administrativo.

La afectación al uso o un servicio público impediría, a su vez, una lectura meramente formal del principio, por la que la Administración pierda el control eficiente sobre la economía del bien, individualmente considerado o en el contexto de las necesidades generales. No parece suficiente, por tanto, con limitar en el tiempo la concesión, como indicara RIGAUD, aludiendo especialmente al factor de duración de los derechos reales de uso sobre el demanio, sino con señalar su revocabilidad (27), aspecto básico sobre el que se profundizará en el siguiente punto.

Igualmente, debe descartarse que por la concesión opere una suerte de desmembración del dominio público en cuanto a su estructura, a su configuración integral. Se trata de algo que se refuta, incluso, respecto del dominio civil. Este derecho, si bien abarca, en tanto no se halle gravado, la totalidad de facultades, usos y posibilidades que encierra la utilidad susceptible de proporcionar el objeto sobre el que recae, de acuerdo con su destino normal o con el que disponga el propietario, se dice, a la sazón, elástico en referencia a «que su contenido puede aumentar y disminuir de forma automática en cuanto cesa o termina un derecho real limitado y en cuanto se constituye uno nuevo. Variabilidad de contenido que no afecta para nada a la entidad del derecho que, en uno u otro caso, se considera completo» (28).

Trasladando esta doctrina al dominio público, mientras se encuentre vigente la concesión, algunas de las expresiones que componen el contenido típico del demanio podrán quedar comprimidas, restringidas o, incluso, temporalmente impedidas (el aprovechamiento reservado por la Administración, el uso común por el público, la posibilidad de atribuir otras autorizaciones de uso especial, la aplicación irrestricta del poder de policía sobre el concesionario, etc.) (29), volviendo a su ser nada más la concesión se extinga.

(27) Cfr. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, § 1828, pág. 462 y sigs.

(28) DE LOS MOZOS, «El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica», Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1993, pág. 242. El fenómeno se compara por AHRENS —a quien sigo en estas líneas— con el hombre que lleva una carga, el cual, cuando la deja, recupera en su fuerza y poder generales, la energía especial que servía para sostenerla (cfr. *Enciclopedia Jurídica o Exposición Orgánica de la Ciencia del Derecho y el Estado*, III, versión directa del alemán por GINER, AZCÁRATE y LINARES, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1880, pág. 178, nota 2).

(29) En relación, así, con el primero de tales supuestos, el de las reservas dominiales, téngase en cuenta que «las utilizaciones privativas legalmente constituidas —por concesión o por prescripción, cuando este título es admisible— sobre una porción del dominio público, generan, efectivamente, en pro de su titular un estricto derecho subjetivo. La existencia de una tal utilización excluye, por ende, la posibilidad de que se constituya por

Certificada como antecede la incompatibilidad entre el dominio público y el privado, ¿cómo debe entenderse una disposición como la introducida en el artículo 97 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas por la cual el ocupante del dominio público se reputa propietario respecto de las obras, construcciones e instalaciones vinculadas con la actividad amparada por el título de concesión? Desde luego, no literalmente, como se colige del régimen con que la afirmación se acompaña (30). Por supuesto que en el caso no habría propiedad civil, pues tales límites sobrepasan con holgura el contenido esencial que reconoce el ordenamiento común para este derecho: ningún acto de disposición jurídica podría realizar el interesado sin el concurso, la conformidad de la Administración concedente; pero tampoco, una suerte de propiedad administrativa, siquiera *ad tempus*, pues de la misma manera que dos objetos no pueden ocupar un mismo espacio físico, no resulta jurídicamente posible que dos personas sean propietarias a la vez, sin que haya condominio (lo que presume un cierto tratamiento de igualdad entre los co-partícipes, además de transitorio) o la institución del dominio se perversa. El dominio es, por esencia, pleno y, por tanto, exclusivo.

De esa regulación tampoco surge que la expresión utilizada en cada norma, en cuanto el objeto de la propiedad pudiera cifrarse exclusivamente en las obras, instalaciones y construcciones, aluda a una derogación del principio de accesión respecto, en nuestro caso, del inmueble público (31), puesto que,

la Administración una reserva incompatible con la plena actuación del derecho subjetivo perteneciente a tercero» (BALLBÉ, «Las reservas dominiales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 4 [1951], pág. 86). Y es que «la reserva, como todas las facultades dominiales del dominio se halla sujeta a la limitación natural que implica el respeto jurídicamente debido a los derechos subjetivos en favor de tercero que existan sobre la misma cosa. Por esencia, la reserva sólo es admisible en tanto no contradiga derechos subjetivos de los administrados. En esta nota precisamente radica la diferenciación entre la figura jurídica que se trata y otras afines: la confiscación o apropiación sin indemnización de un derecho subjetivo ajeno, la expropiación y el rescate —revocación, añadiríamos nosotros— de concesiones» (*ídem*, págs. 84-85).

(30) Como expresa FERNÁNDEZ ACEVEDO, la afirmación del precepto surge, a todas luces, excesiva por contraria a las bases más elementales de la dogmática demanial anclada en el artículo 132.1 de la Constitución: «la semejanza o equivalencia con el propietario queda limitada al plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en esa misma sección de la Ley en la que aquél se inserta; y aún habría que añadir, que dentro de los límites dibujados por los pliegos de condiciones y por el propio título concesional que, como se ha indicado, perfilan el derecho que en cada caso otorga la concesión. En efecto, mientras que puede afirmarse, en líneas generales (la función social de la propiedad puede en ciertos casos desmentirlo; así, en la propiedad urbana), que cualquier propietario tiene el derecho de usar o no usar la cosa y de disponer de ella libremente, el concesionario demanial, en cambio, ha de usar la concesión necesariamente y además hacerlo para el fin predeeterminado por el título concesional. Por su parte, la libertad de disposición se halla bastante mermada desde el momento en que se exige la previa conformidad del concedente» (*Las concesiones administrativas de dominio público*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pág. 244).

(31) Derogación a la que enfoca, en la doctrina argentina, GUIRIDIAN LAROSA, cuando propicia una reforma legislativa nacional que contemple la posibilidad de constituir dere-

justamente según la legislación, las distintas facultades que se reconocen al concesionario se condicionan en torno a la afectación, base, como sabemos, de la inalienabilidad del dominio público (32).

Congruentemente, el derecho del concesionario se trata ni más ni menos de un derecho real, por ejercerse sobre un bien que, como pertenece al dominio público, aparece por ello esencialmente limitado en sus efectos y sometido al Derecho Administrativo, no observándose ningún matiz del orden jurídico-privado que haya de imponerse en aspecto alguno que sea relevante (facultades materiales del ocupante, cesión y transmisión, constitución de gravámenes, embargabilidad, ésta, obviamente, limitada, etc.).

En esta coyuntura no se agotan, con todo, las dificultades. Antes bien, la crisis de los sistemas tradicionales de financiación de la obra pública, maniatados por la expansión de la demanda de la sociedad moderna y por un sometimiento inflexible a la inalienabilidad de los bienes públicos, ha obligado a desarrollar alternativas que proporcionen una mayor confianza al capital privado, facilitando la amortización de la inversión mediante la explotación del resultado. Si la obra pública se encuadra dentro del dominio de tal índole, y el estatuto de éste veta que se ejecute o embargue, es claro que el proyecto no puede constituir una garantía aceptable de cara a su financiación externa. La paradoja, entonces, estaría dada: el mismo régimen nacido a fin de proteger el patrimonio necesario o meramente útil para la colectividad, vendría a conspirar, de esta forma, contra sus requerimientos más actuales.

La normativa dictada en estos años irá correspondiendo, entonces, a esa conveniencia. Al extremo de haberse generado en el panorama de la propiedad y gestión públicas una nueva dimensión, atinente al específico entorno de las obras e infraestructuras públicas, aun para la mejora o refacción de las existentes. Ahora, sobre aquellos bienes anteriormente, y en los hechos, excluidos, podrán actuar técnicas de financiación propias del Derecho Privado

chos reales de propiedad sobre las infraestructuras a construirse sobre un determinado inmueble, el cual debería complementarse con el otorgamiento de un derecho real de uso sobre la cosa dominial en la cual se vaya a emplazar la infraestructura, bien que en este último caso el primero de los derechos resultaría indisociable de aquél y, en consecuencia, temporalmente limitado en su vigencia al plazo por el cual se otorgara el título de ocupación (cfr. *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras. Nuevas formas de gestión y financiación*, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, págs. 83-84). Siendo así, no podría oponerse el hecho de que como la infraestructura a construir habría de serlo sobre un bien dominial, asumiría por accesión tal carácter, «por cuanto ello eventualmente recién se producirá luego de concluida su realización y transcurrido el lapso por el cual se otorgó el derecho de uso especial en cuestión, por aplicación del principio de accesión diferida» (*ídem*, pág. 85).

(32) Sin olvidar que la regla de accesión tiende a invertirse tratándose de obras públicas. Por su carácter funcional, el criterio también habría de fundar, en toda esta materia, la atracción de las concesiones demaniales por las del servicio público, en lo que atañe al régimen al que se debe estar con preferencia para cuando, como es muy normal, bienes públicos se adscriben a la prestación del servicio concesionado.

(leasing, fideicomiso), de sobrada aptitud en lo que a captación de fondos y diversificación de riesgos se refiere; pero, en todo caso, mediatizadas por ciertas facultades que se reconocen en la legislación o se reserva la Administración en el título constitutivo, para evitar que se ponga en riesgo la continuidad del proyecto y garantizar, una vez se implemente, el uso eficiente y no discriminatorio del servicio.

En virtud de todo ello, ¿puede seguir hablándose de dominio público en estos casos? No lo parece. A favor del de intervención, el criterio «propietarista» se habría balanceado, justamente, para asistir a la financiación, eficaz modo de lograr que los bienes accedan a las condiciones operativas que precisa su destino. Titularidad y afectación, por tanto, se diversificarían, de manera que, aunque la titularidad privada excluiría la demanialidad, la afectación al uso o un servicio público acabaría circunscribiendo en torno suyo el estatuto de la propiedad particular; lo mismo que ha preocupado desde siempre con respecto a los bienes propiedad del concesionario que destine al servicio público que se le ha concedido.

B) LA REVOCABILIDAD O PRECARIEDAD DEL USO DIFERENCIAL SOBRE BIENES PÚBLICOS

En relación con el derecho de uso especial concedido o tolerado sobre el dominio público, también se ha venido cuestionando su carácter real en la medida en que toda concesión o permiso se torna esencialmente precario. La precariedad, en el ámbito jurídico-público, significa que el vínculo de la concesión se encuentra supeditado al interés general, «a la salvedad causal de que con tal acto se aborda un resultado compatible por el momento con un determinado interés público prevalente, pero que ante la eventualidad de que éste pueda ser obstaculizado en el futuro, para su plena efectividad se prevé la revocación del acto si el cambio de circunstancias produce un desequilibrio entre los intereses en juego, con merma de aquellos que deben ser más destacadamente atendidos. El acto, pues, habrá sido adoptado de acuerdo con unas situaciones de hecho apreciadas conforme a un juicio valorativo de los intereses finales concurrentes, del que resultará la solución que más cuadra a los intereses públicos primordiales. Una alteración de tales circunstancias hará modificarse pues la causa determinante del acto originario, haciendo, por tanto, que la Administración lo retire o modifique, según exija el mejor atendimiento del público interés. La precariedad se inserta plenamente así en el elemento causal del acto administrativo, en cuanto que permite el definitivo mantenimiento de los intereses atendidos por la Administración, posibilitando la creación de situaciones jurídicas que no hubieran podido surgir si no se velase anticipadamente por que el propósito negocial perseguido, prevalencia

de unos determinados intereses públicos, se mantenga indefinidamente, pese al cambio de circunstancias» (33).

Conceptuada desde un plano causal, la revocación de una autorización de uso diferenciado proscribe a todas luces la arbitrariedad en su ejercicio (34). Sin embargo, aun en las concesiones por largo término, duración que se tiene en cuenta precisamente con miras a la amortización de la inversión que va a acometer el concesionario, el interés público puede incidir hasta paralizar la economía natural del negocio. La única diferencia radica en que la Administración sólo estará obligada a indemnizar, por hacer empleo de su facultad revocatoria, cuando el uso conferido (y afectado a resultas) responda a una razón de mera tolerancia, por ende, de naturaleza marcadamente provisional, y no de exclusividad en cuanto al aprovechamiento. En ello estribaría el matiz diferencial entre los dos títulos principales para el uso especial de los bienes públicos, que constituyen los permisos y las concesiones.

Así las cosas, la distinción entre permisos y concesiones se proyecta negando la misma condición de derecho subjetivo del uso especial que se autoriza por los primeros (35). El permisionario podrá ocupar o servirse de un bien público más allá de lo que habilita el uso general o común, aunque sin quedar protegido por otros cauces que los que se establecen para cualquier administrado. Así, podrá, por un lado, dirigirse frente a la Administración en defensa de su situación mediante los medios ordinarios de impugnación que se reconocen en tal sede (recurso jerárquico, acción contenciosa-administrativa de nulidad en lo jurisdiccional); pero, por otro, podrá reaccionar frente a los terceros que perturben el uso permitido. El interesado, entonces, a diferencia del concesionario, no tendrá que hacer valer contra ellos un derecho adquirido. Defenderá simplemente su libertad y los intereses pecuniarios que resulten. Lo hará, sobre todo, de dos maneras. En primer término, recurriendo a la policía demanial, ya que perturbar su uso legítimo implica perturbar el buen orden de la cosa pública. En segundo lugar, el ataque llevado a su persona o a sus cosas, así como el simple impedimento al goce del permiso, podrá dar lugar a una demanda del permisionario por daños y perjuicios, demanda que, fundada en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, corresponderá interponer ante los tribunales civiles.

(33) MARTÍN MATEO, «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 56 (1968), págs. 100-101.

(34) Como enfatizan también MORENO MOCHOLI (cfr. *El precario*, Pamplona, Eunsa, 1976, pág. 509) y DESDENTADO DAROCA (cfr. *El precario administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 55).

(35) Cfr. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, III, trad. HEREDIA y KROTSCHIN, Buenos Aires, Depalma, 1982, págs. 238-239; MARIENHOFF, *Tratado...*, cit., V, §§ 1813 y 1815.9.º, págs. 411 y 427-428.

Después de esto, no extraña que el inquilino pueda defender su posesión por el expediente de los interdictos, que no se reconoce, en cambio, al empresario autorizado por el poder público para ocupar de una forma especial, no privativa, la calle (36). Más allá de la comparación, por demás plenamente confirmatoria de la impresión que se mantiene, ningún derecho real investiría al permisionario.

La concesión no presenta los problemas de calificación que anteceden. Sus caracteres de mayor estabilidad y de exclusividad respecto del bien público auspician, sin hesitación, la apreciación jurídico-real del correlativo derecho de uso, en esta sede ya aprovechamiento. Sea como fuere, la precariedad, esa eventualidad de revocación por causa de interés público, seguiría asomándose en el panorama, introduciendo un componente desconocido en el ámbito jurídico privado, donde lo convenido vincula a las partes y no existen —siquiera desde el plano de lo teórico— prerrogativas especiales para desligarse unilateralmente de lo acordado (37). Ahora bien, ¿basta el criterio de la precariedad para negar la condición *in re* del

(36) En contra, es verdad que MARIENHOFF (cfr. *Tratado...*, cit., V, § 1857, págs. 573-574) termina por reconocer que el permisionario puede deducir también acciones posesorias contra terceros, en un planteamiento ya sustentado en su día por SPOTA (cfr. «¿Pueden los titulares de concesiones y ocupaciones temporarias de bienes del dominio público deducir acciones posesorias? ¿Proceden éstas contra el poder concedente?», en *La Ley* [Buenos Aires], 2 [1936], pág. 402 y sigs.). Sin embargo, ninguno de ellos parece tener en mente otro caso que el del concesionario, cuyo derecho de uso no se circunscribe a los estrechos parámetros que hacen al permiso. Particularmente, todo el amplio desarrollo que el primero realiza acerca de la *quasi possessio iuris* en cuanto fundamento inmediato para la defensa posesoria del concesionario, y que ni siquiera refiere para el permiso, o bien sería igualmente predicable para éste, en cuyo caso, y como por la misma razón sostuviera RIGAUD (cfr. *La théorie...*, cit., pág. 225 y sigs., y 299 y sigs.) obligaría a recalificar la condición jurídica del permisionario, o bien no sería tan fundamental como se propone. Siquiera, en todo caso, haya que recordar, con GONZÁLEZ PÉREZ, los dos tipos de permiso que suelen distinguirse por la doctrina francesa: el primero, que es el que coincide exactamente con la visión que se mantiene en el texto, es el *permis de stationnement temporaire ou de depot ou de plaçage*; el segundo, la *permission de voirie*, que comprende supuestos muy distintos algunos de los cuales vienen a suponer auténticas concesiones, y, en consecuencia, la creación de derechos (cfr. *Los derechos reales...*, cit., pág. 34, n. 58).

(37) Como grafica HAURIOU, «el comercio jurídico de la vida administrativa se distingue del de la privada en que no tiende como éste hacia lo perpetuo y definitivo, sino que, por el contrario, se complace en lo provisional, en lo temporal, en lo transitorio. Mientras que de las situaciones de la vida civil se elimina con cuidado todo elemento de precariedad, las situaciones de la vida pública o administrativa se caracterizan, al contrario, por el hecho de que la precariedad no está en ellas nunca completamente ausente» (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, París, Sirey, 1927, pág. 653). Es por tal apertura a la precariedad —agrega en nota— que «se introduce la posibilidad de hacer sobre el dominio público operaciones de la vida administrativa, no obstante el principio de la inalienabilidad, pues la precariedad impide que la enajenación sea jamás completa, en el sentido civil de la expresión, y la regla de la inalienabilidad no prohíbe más que las alienaciones completas en el sentido civil».

derecho del concesionario? No lo creo. En este punto conservarían actualidad los cinco argumentos volcados por HAURIOU, tal y como se han transcritos. A mayor abundancia, puede resultar pertinente traer a colación la noción, gestada en el seno de la doctrina italiana, de derecho subjetivo condicionado (ZANOBINI) o, quizás más expresivamente, debilitado (RANELLETTI). Se trata de derechos cuya sustancia está condicionada a su compatibilidad con el interés público. Mientras no se verifica la condición que impone el sacrificio de estos derechos, se comportan como derechos subjetivos en sentido estricto; pero dada la posibilidad de su sacrificio, es que se califican de tal modo.

En la materia, siguiendo a VITTA (38), «hay que distinguir dos cuestiones análogas, pero diferentes. Ante todo, hay derechos que derivan de una relación especial y nacen precisamente de un acto de la Administración; por ejemplo, de una concesión de ocupación de la vía pública. Diverso es, sin embargo, el caso del derecho subjetivo, que no nace ni subsiste por voluntad de la Administración, ya que ésta está ordinariamente obligada a respetarlo, pero que por exigencia del interés público, tal derecho deba ceder: es el caso del derecho de propiedad, independiente de la voluntad de la Administración, pero que debe ceder a la expropiación. A este caso se ha reservado con mayor propiedad el nombre de “derecho debilitado”. Yo diría mejor —comenta VITTA— derecho perfecto que en algunos casos se debilita, para convertirse en el derecho a una prestación en dinero» (39). De lo que se deduce que tan condicionado sería el derecho concedido por la Administración como el mismísimo de propiedad privada, sobre el que similarmente, por requerir de los mismos postulados causales, pendería, a fin de cuentas, la hipotética amenaza de la expropiación (40). En efecto: entre la expropiación y la revocación la

(38) Cfr. *Diritto amministrativo*, I, Turín, UTET, 1948, pág. 116.

(39) GARRIDO FALLA, voz «Derechos públicos subjetivos», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, VII, Barcelona, Seix, 1955, pág. 77.

(40) No por nada, respecto de la precariedad de primer grado, esto es, la que lleva aparejada indemnización, se ha dicho que «no tiene normalmente en Derecho administrativo más sustantividad que la diferencia de una mera conversión de derechos realizada a través de cauces distintos de la expropiación, que su concreta justificación causal, en cuanto al mantenimiento y preservación del destino primordial del dominio público» (MARTÍN MATEO, *ob. cit.*, pág. 111). MARIENHOFF directamente opina que el hecho de que la revocación pueda ser extinguida cuando el interés público así lo requiera, no hace, sin más, precaria a la concesión. «Cuando el interés público lo requiera —sostiene—, ceden todos los derechos y no sólo el emergente de una concesión de uso; incluso cede el derecho de propiedad privada; sin perjuicio de la indemnización que corresponda por el menoscabo patrimonial que ello implica. La extinción de una concesión cuando el interés público lo requiera, técnicamente se lleva a cabo por el procedimiento de la revocación del acto por razones de oportunidad, en cuyo supuesto es obvia la procedencia de una indemnización; pero esto no significa que la concesión sea “precaria”; de no ser así, habría que concluir diciendo que todos los derechos de que el hombre puede ser titular son precarios, lo que ciertamente desvirtúa la noción técnica de “precariedad”. Precario es el permiso

diferencia residiría en que la primera actúa cuando no existe una relación especial de poder o supremacía especial, coincidiendo ambas, no obstante, en la privación singular de derechos que conllevan (41).

La exactitud del criterio todavía se fundamentaría en la medida en que sustentar el carácter personal del derecho de uso del concesionario equivaldría a rebatir la naturaleza real del dominio cuando se trasmite en virtud de un título revocable a voluntad del que lo haya transmitido, esto es, cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa resolutoria que le resulte oponible. De ser así, el dominio seguirá siendo dominio, por cuanto la eficacia jurídico-real no se mide entre quienes convengan y se atengán a ese tipo de cláusulas, sino en el respeto que los terceros deben guardar a la titularidad por su medio generada.

C) LA ALEGADA VIGENCIA DEL *NUMERUS CLAUSUS* EN LA ESFERA PÚBLICA

En algunos ordenamientos civiles, el *numerus clausus* es máxima por la cual no existen más derechos reales que los tipificados positivamente. Bien sabemos, por más que nos empeñemos en proponer una acepción causal al problema, que no se trata de la solución que propicia la legislación española, aun, hoy, autonómica (42). Poco más tendría que añadirse para superar el

de uso, no la concesión de uso; de modo que todo está en distinguir una figura de otra» (*Tratado..., cit.*, V, § 1823, pág. 449).

(41) Cfr. GARCÍA-TREVIJANO Fos, «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 29 (1959), pág. 56, nota 40.

(42) La doctrina, ante el silencio del Código, conviene en defender la teoría del *numerus apertus* a partir de aquellos artículos de la legislación hipotecaria encargados de señalar los actos y derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad (vid., por todos, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, Barcelona, Bosch, 2002, pág. 27 y sigs. DÍEZ-PICAZO, «Autonomía de voluntad y derechos reales», en *Homenaje a Ramón M.º Roca Sastre*, II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1976, pág. 306 y sigs.; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III-1.º, Madrid, Dykinson, 2003, págs. 10 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, III, Barcelona, Bosch, 1989, pág. 12 y sigs.). Así, el que advierte sobre el carácter registrable de los títulos referidos al usufructo, uso, habitación, enfitusis, hipoteca, censos, servidumbres y «otros cualesquiera derechos reales» (art. 2 LH) o el que autoriza la inscripción de los títulos donde conste «cualquier acto o contrato de trascendencia real, que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales» (art. 7 RH). Ahora bien, como también apuntan los autores, la libertad de creación de los derechos reales no se trata de una facultad con alcance ilimitado. En este sentido, se rechazan como reales los derechos convenidos que no impliquen un poder directo sobre la cosa o carezcan de la suficiente justificación económica o social. En palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado: «la configuración de situaciones jurídico-reales, dada la importancia económico-social y la trascendencia *erga omnes* del Estatuto de la Propiedad Inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía privada; el *numerus apertus* reconocido en nuestro ordenamiento

escogido planteado frente a la categoría de los derechos reales administrativos. Sin embargo, debemos situarnos en la tesis en que la tipicidad, no causal, como digo, sino estrictamente normativa —por más que no necesariamente taxativa— resalte el principio dominante. Sólo así podríamos cumplir con el objetivo del estudio que se plantea, y doblegar la fuerza de esta posible crítica. Téngase en cuenta, además, que la ley, a la cual se encuentra indefectiblemente sometida la Administración en todo su actuar exige, cuando menos, de una cierta puesta en relación del llamado elemento normativo del dominio público con el significado de la limitación a la creación particular de nuevas figuras jurídico-reales.

La tipicidad de los derechos reales, concebida a tales efectos, funcionaría como correlato de la oponibilidad, de la eficacia frente a terceros que se atribuye a las relaciones jurídico-reales, de modo que sólo en los casos abordados normativamente pueda lograrse tal resultado. En consecuencia, la infracción del principio, el incumplimiento en el supuesto de los presupuestos regulados para tal o cual derecho real, no incorporará, de suyo, la nulidad de la fórmula sino tan sólo su eficacia meramente personal. Quede claro, reitero, que el *numerus clausus* no se basa en la mera enumeración, en el nombramiento de las figuras que hayan de gozar de efectos frente a terceros no contratantes, sino en la fijación del contenido sustantivo que ha de distinguir cada una.

Al vincular el principio de tipicidad de los derechos reales con el sustrato de oponibilidad que de ellos se predica surge, sin dificultad, cuán diferente es, en este punto, la razón que ampara los derechos reales sobre el dominio público.

Fijándonos, en primer lugar, cómo no puede ser de otro modo, en la titularidad demanial pública, resulta obvio que la ley constituye patrón de

jurídico (cfr. arts. 2 LH y 7 RH) presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc. Por ello, sin prejuzgar la validez *inter partes* de estas previsiones restrictivas cuando no traspasen los límites que en el campo del derecho de obligaciones se señalan a la voluntad privada, su pretendida operatividad jurídico-real deberá ser excepcionada cuando no resulten cumplidas aquellas exigencias estructurales aludidas» (Resolución de 5 de junio de 1987). En suma, en el ordenamiento español se impone una suerte de tipicidad no ya legal, sino causal (cfr. ROMÁN GARCÍA, *La tipicidad en los derechos reales. Autonomía privada en la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídico-reales. Sistema de numerus apertus, sistema de numerus clausus*, Madrid, Montecorvo, 1994, pág. 83), en cuya virtud la lista de los derechos reales estará abierta a cualquier nueva modalidad que se inspire en un interés preeminente y digno de protección; básicamente, la circulación de la riqueza o la necesidad de atender a nuevos fenómenos negociales, desconocidos por el legislador y similares a los ya incorporados. Y, por ello mismo, si la figura pretendida conculca el orden público vigente o sirviera para eludir la aplicación de la normativa imperativa para derechos afines, no podría adoptarse.

conformación cardinal de su régimen, empezando por la definición, la determinación genérica de aquellos bienes sobre los que esa titularidad ha de sustanciarse. Pero, a partir de ahí, éste que se denomina elemento normativo del dominio público nada tiene que ver con la tipicidad de los derechos reales del orden civil, como de la mejor manera acredita la imposición objetiva de la condición demanial, del estatuto de la propiedad pública.

Efectivamente, aunque se declare la oponibilidad de los derechos reales, que opera en la materia, como se ha dicho, fundamentando el *numerus clausus*, resulta aquél un concepto inescindible del de publicidad, entendida ésta como el efectivo conocimiento o, cuando menos, la posibilidad —mucho mayor en este entorno, dado el carácter inmediato de la relación de aprovechamiento respecto de la cosa— de que los terceros conozcan de su existencia. En este sentido, la materialidad del bien favorecería el conocimiento de la relación o relaciones en presencia, constituyendo, a la poste, el factor clave que otorga carta de naturaleza a los derechos reales.

Tratándose de bienes del dominio público, consiste éste, en cambio, en un marchamo que habría venido justificando, siquiera hasta la promulgación de la Ley 33/2003, la puesta a salvo de la titularidad estatal de la buena fe triunfante de terceros (43). Si el dominio público se declara inalienable y, de ahí, inembargable e imprescriptible, cualquier excepción al régimen, para su claridad, habría de incorporarse en su mismo contexto normativo, como,

(43) Cfr. CLAVERO ARÉVALO, *ob. cit.*, pág. 76 y sigs.; FORNESA RIBÓ, «Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre. Especial referencia a los terrenos ganados al mar», en *Revista de Administración Pública*, núm. 46 (1965), págs. 140 y sigs.; y GONZÁLEZ PÉREZ, «Los efectos de la inscripción de los actos administrativos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 74 (1974), pág. 29 y sigs. Este último autor, pese a compartir que la inscripción registral no valía para convertir lo que era dominio público en propiedad privada, siendo nulo, por los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad, cualquier título de propiedad particular sobre el demanio por más que constare inscrito, manifestaba su preocupación hacia el resultado. Y es que la congruencia con una ortodoxa concepción del dominio público daría al traste con la expectativa de los terceros, quienes, salvo en muy contadas ocasiones, no dispondrían de los medios para conocer sobre la demanialidad del bien; «porque, en efecto, el dominio público —cualquier dominio público, incluso el más «natural», salvo supuestos excepcionales— no aparece claramente delimitado en la realidad. Que un terreno sea o no zona marítimo-terrestre, por ejemplo, depende de circunstancias tan contingentes que resulta imposible conocerlo con exactitud, ni siquiera por aproximación. Por lo tanto, cuando una persona, física o jurídica, nacional o extranjera, adquiere en las zonas del litoral un terreno —incluso, edificado, y edificado a veces por un monumental rascacielos— no sabe —ni tiene por qué saber— que aquello es dominio público. Le bastará con acudir a los Libros del Registro para verificar si le vende el que es propietario» (*ídem*, pág. 34, n.º 30). Con un agravante, por tanto: que el bien se encuentre inscrito a favor del transmitente como si estuviera dentro del comercio ordinario. Se imponía, en consecuencia —decía premonitoriamente— «un serio replanteamiento del tema. Si es preciso, a nivel normativo, a fin de que se promulguen las disposiciones necesarias para que se respete la seguridad jurídica y, de este modo, se restablezca el equilibrio entre las prerrogativas y las garantías, sin las que no puede hablarse de Derecho Administrativo».

se dice, parece colegirse de la nueva normativa (44), no exenta, con todo, de críticas (45).

En la consideración precedente, el elemento normativo influye de similar forma en cuanto a los derechos reales previa concesión (46). Téngase presente que cuando se habla de dominio público y, por extensión, de sus requisitos, no se pone el enfoque en una concreta titularidad sino más bien en el especial estatuto, de Derecho Administrativo, de los bienes afectados al uso o servicio público.

Respecto de la Administración, la ley será, pues, la que ponga las bases para el régimen de las concesiones que haya de otorgar, sin tener que estar al elenco de fórmulas conocidas, aun personales, del Derecho Privado, limitación que si bien parece absurda para cuando el legislador se despache expresamente sobre un modo concreto de instrumentación —dado su carácter soberano en cuanto a la modificación o introducción de nueva normativa—, no lo es tanto si la legislación sectorial apenas se pronuncia al respecto.

En cuanto a los concesionarios, pero sobre todo al resto de particulares, que pudieran más tarde o temprano alegar un derecho sobre el bien bajo concesión, es evidente que el régimen de exorbitancia se aplicará sobre ellos limitando sus expectativas. Y es que no puede admitirse que por esta vía acabe resultando gravado, ni mucho menos transmitido, parte del dominio público. Además, sobre la situación de las obras, construcciones o instalaciones realiza-

(44) En este proceso de «salida a la luz» del dominio público, en referencia no ya a una concreta titularidad patrimonial, sino a todo un estatuto normativo, el primer hito lo constituyó la modificación del artículo 5.^º del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, que habría pasado de exceptuar de inscripción los bienes del dominio público a permitirla con carácter general, y siempre conforme a la legislación sectorial de referencia. Luego, la citada Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas habría venido a disponer el deber de éstas de inscribir «en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros», inscripción sólo potestativa «en el caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria» (art. 36.1). La inscripción se solicitará por el órgano que haya adquirido el bien o derecho, que haya dictado el acto o intervenido en el contrato que deba constar en el registro o, en su caso, por aquel al que corresponda su administración y gestión, amplitud favorecedora (art. 36.2). Además, como medida para alcanzar un óptimo volumen de registración, se dispone algo desconocido tratándose de derechos particulares: el deber, a su vez, de los registradores de la propiedad, cuando tuvieran conocimiento de la existencia de bienes o derechos pertenecientes a las Administraciones públicas que no estuvieran inscritos debidamente, de comunicárselo a los órganos a los que concierne su gestión, para que por éstos se inste lo que proceda (art. 39).

(45) Cfr. SERRERA CONTRERAS, «Inscripción de los bienes de dominio público», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 697 (2006), pág. 1975 y sigs.

(46) O concesionales, en el decir de GARCÍA DE ENTERRÍA (cfr. «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 13 [1954], pág. 40; también en *Dos estudios sobre la usucapición en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 131).

das por el concesionario, MARIENHOFF advertía que desde que «no son otra cosa que la materialización o expresión del derecho de uso especial emergente de la concesión, para determinar si las mismas pueden ser hipotecadas, vendidas o adquiridas por terceros mediante prescripción, es menester averiguar si, de acuerdo, con las normas o principios de Derecho Público aplicables, esos actos son o no posibles» (47); tarea en la que ineludiblemente se habrá de estar a los desenvolvimientos que se derivan del extendido fenómeno de privatización y liberalización de infraestructuras y servicios públicos, aquí ya sucintamente comentado. Es así que tal conclusión difícilmente pueda compartirse si la ocupación del espacio público trae causa, se vincula con el desarrollo de obras e infraestructuras, en orden a la escisión que se propone entre titularidad y afectación como técnica concebida mayormente para estos proyectos. En su virtud, la afectación pasará a operar como una limitación de la propiedad, ahora, sin dudas, privada, sin llegar a impedir que un tercero pueda invocar un mejor derecho sobre los bienes que se incorporen o destinen al servicio por el concesionario, si es que en modo alguno hubiera podido tomar conocimiento del vínculo de destinación que lo afectaba.

En último lugar, corresponde que nos ocupemos de los derechos reales administrativos sobre bienes de propiedad particular. Dada su naturaleza de gravamen, la previsión legal tiene que ser aquí específica, sin que los órganos de la Administración se encuentren genéricamente facultados para la imposición de una relación de esta clase por fuera de una habilitación expresa de referencia. No cabe, entonces, como sí sucede para las meras restricciones administrativas, que una norma reglamentaria resulte la que disponga sobre la eventual constitución del derecho real (público) que sea.

IV. AFECTACIÓN, DEMANIALIDAD Y DERECHOS REALES

A) INMEDIACIÓN Y ABSOLUTIVIDAD, SUSTRATO DEL DERECHO REAL

En el derecho real cabe observar dos aspectos que funcionan simétricamente: el aspecto interno o inmediación y el externo o absolutividad. A partir de su análisis conjunto, el derecho real se define como esa clase de derecho patrimonial que confiere un poder inmediato sobre una cosa, a resultas del cual ésta queda plena o limitadamente afectada al interés de su titular, debiendo el resto de la comunidad abstenerse de perjudicar su disfrute o impedir su ejercicio.

Al subrayar que el derecho real refleja un poder inmediato y directo sobre una cosa, ello se hace en el sentido de que los beneficios que derivan de ese

(47) *Tratado...,* cit., V, § 1827, pág. 459 y sigs.

poder se disfrutan y obtienen sin intermediación, sin la necesidad de obrar de otra persona. Supone el dato puramente diferencial con los derechos personales.

Si la inmediación, como se dice, hace al derecho real, la corporeidad sería, por consiguiente, su primer y fundamental requisito objetivo. Se descartan, así, los bienes de orden inmaterial, categoría en la que se integra todo derecho de contenido patrimonial, personal o real, e igualmente la propiedad llamada intelectual, con inclusión de sus especialidades comerciales. Asimismo, cuando la cosa no existiera, todavía no se hubiera producido, o aun no se hubiera concretado, no podría haber, en puridad, ningún derecho real: habría, a lo sumo, un derecho personal, eventualmente consistente en el hecho de otro, pero ningún posible vínculo de directa afección mientras tanto.

La absolutividad, en cuanto segundo factor, alude a la eficacia frente a terceros del interés patrimonial que subyace al derecho real, alcance al que en modo alguno arribaría de no ser por su exteriorización como atributo de reconocimiento. Sin esa manifestación, los terceros no tendrían medio de advertir sobre su existencia, no teniendo, en justicia, que respetarlo. La titularidad jurídico-real debe, pues, ostentarse, lo que, en definitiva, tiene lugar mediante la posesión (publicidad material) o mediante la inscripción en los Registros creados al efecto (publicidad institucional).

La cualidad absoluta de los derechos reales influye, así, a partir de los postulados de prioridad y reipersecutoriedad. Por el primero, quien constituya antes su derecho real sobre una cosa se habrá de imponer frente a quien no albergue derecho alguno, o teniéndolo, lo adquiera más tarde; por el segundo, el titular de un derecho real gozará de la inderogable facultad de perseguir la cosa, de exigir la retribución de sus utilidades, allá donde se halle y frente a cualquiera que la tenga.

B) LA MEDIATIZACIÓN DE LA FÓRMULA REAL POR EL INSTITUTO ESTRICAMENTE PÚBLICO DE LA AFECTACIÓN

Frente a los dos principios en que se funda la noción de derecho real, relativos a su inmediación y alcance *erga omnes*, todo el Derecho de cosas públicas se construye a partir de la idea de afectación, en cuanto vínculo de destinación al uso o necesidades públicas. Sigue ello tanto en los ordenamientos arraigados en el modelo francés del *domaine public*, siendo el español uno de ellos, como en el sistema alemán, donde la afectación se erige en matiz primordial, a su vez, independiente de a quien corresponda el bien en propiedad.

En cuanto elemento medular, no cabe comprender la afectación desde una perspectiva puramente estática, a partir de la norma legal o acto de concreción

por el que se destine, como digo, un bien a la utilidad pública. Al contrario, se trata del patrón que cohesiona todo el régimen de las cosas públicas predeterminando hasta sus últimas consecuencias. Desde esta dinámica, la afectación se comporta como el factor que condiciona cada una de las facultades materiales que suelen señalarse para los derechos reales, con el de propiedad a la cabeza. Ningún uso podrá permitirse, ni siquiera a quien se reputa como titular o propietario, que no se conforme con el destino de la cosa; ningún aprovechamiento especial, ningún disfrute podrá autorizarse si resulta contrario al fin al que el bien se encuentra vinculado; como no será válido ningún acto de enajenación sobre un bien no desafectado, por encontrarse destinado todavía al uso, directo o indirecto, de la comunidad.

Así considerada, debemos preguntarnos: ¿la incidencia, *in totum*, de la afectación descarta cualquier aplicación de la noción de derecho real? ¿Es posible conciliar ambos conceptos? Ya BERTHÉLEMY había sostenido que los bienes públicos no eran susceptibles de propiedad, por cuanto no puede concebirse este derecho allí donde el Estado no tiene el *usus* (que le corresponde en todo caso a la colectividad), el *fructus* (porque el uso común sobre tales bienes es, de ordinario, gratuito) ni el *abusus* (pues debe conservarlo) (48); idéntica conclusión a la que se llega de estimar titular al pueblo, que sólo puede usar de las cosas públicas de acuerdo con la reglamentación y carece del más básico poder de disposición.

Ahora bien, no parece apropiado afirmar o negar tal o cual naturaleza para el dominio público a partir de su comparación con las facultades que integran el contenido típico de la propiedad privada, supeditada, como está, a otros valores inmediatos. No sólo por lo confuso de la transposición —no se olvide que en sus orígenes habría sido la propiedad civil la que hubo de derivar de la propiedad pública, y no al revés— (49), sino porque ni siquiera en el seno de la doctrina civilista se define el derecho de propiedad a partir de las facultades que, se dice, lo componen. Una enumeración completa de estas facultades, además de imposible —se indica—, «no expresaría la esencia de la propiedad, pues este derecho no sólo puede prescindir ocasionalmente de muchas de ellas, sino que, en la situación actual de sujeción del interés privado al público en tantos aspectos, las facultades varían según la naturaleza de la cosa en propiedad (casas, campos, árboles, solares, obras de arte, etc.), sin que por ello mude de naturaleza el derecho, cuyas facultades no son un *prius*, sino un *posteriorius*: cobrando vida a partir de la propiedad, por

(48) Cfr. *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, Rousseau, 1916, pág. 414.

(49) Cfr. RIGAUD, *La théorie..., cit.*, pág. 256. En efecto, en la evolución del concepto, el primer estadio habría conducido desde la propiedad colectiva de los pueblos primitivos a la propiedad individual, primero de los bienes muebles y luego de las fincas, rompiéndose paulatinamente los vínculos que sujetaban éstas a la comunidad (cfr. LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pág. 221).

lo cual no podrían servir para definirla» (50). Haciendo conveniente abstracción, la propiedad habría de entenderse mejor como el «derecho más pleno posible sobre una cosa», constituyendo esta «plenitud potencial de dominación» lo insuprimible del concepto (51).

De todo lo anterior se deduce que la afectación, como particularidad que se imprime a cada una de las manifestaciones materiales del demanio, es perfectamente compatible con la esencia de la propiedad, por especial que nos resulte cada una de ellas en su relación con las facultades análogas civiles; véase cuánto se expresara en páginas anteriores sobre la influencia de la facultad de disposición en esta sede. Pero, aún más. Si existe propiedad, no obstante la afectación, y es la afectación la que condiciona todo su estatuto, el principio ha de extenderse por igual respecto de otras situaciones compatibles con el objeto de la afectación, por lo que las potestades inherentes a los derechos reales relativas a la directa realización del interés económico implicado y la exclusión de terceros, podrán desplegarse asimismo sobre bienes del dominio público en la medida en que se ajusten al destino que de tales bienes se predique.

C) LA SUSTANTIVIDAD DE LA AFECTACIÓN COMO SITUACIÓN JURÍDICO-REAL AUTÓNOMA

Conforme a lo subrayado en estas páginas, parte el ordenamiento de la imposibilidad teórica en cuanto a la concurrencia del dominio público y la propiedad privada. Todo el régimen del demanio hace al Derecho Público no dejando ningún espacio para la constitución de derechos civiles sobre los bienes sujetos a él. Sin embargo, la clásica teoría del dominio público no basta para contener dentro de sus estrictos parámetros el fenómeno de la afectación, el cual puede observarse, autónomamente, a saber, sin correlato dominial alguno, respecto de ciertos bienes privados (52).

(50) LACRUZ, *ídem*, pág. 232. Vid., asimismo, DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, págs. 241-242.

(51) LACRUZ, *ídem*, págs. 233-234.

(52) Junto a la dimensión, de tinte paralelo o, si se prefiere, alternativa a la dominialidad, a la que se dedica el presente epígrafe del texto, la afectación puede responder a otra puramente contradictoria, lo que se observa en el ámbito de la expropiación. Téngase en cuenta que, en este entorno, la afectación, como relativa a una situación de los bienes respecto del fin de la expropiación, no tiene relación directa con el demanio. Hasta tal punto que puede haber una superposición de afectaciones, como cuando se le da al bien expropiado un fin de utilidad pública distinto al que motivara la expropiación, claudicando ésta frente a aquélla. Y es que, si un bien expropiado para un fin terminara destinándose para otro, sin haberse, cuando menos, provisto antes a aquél, no se alteraría su condición demanial, pero sí se daría una causa de nacimiento del derecho de retrocesión, derecho que «actúa no sólo a pesar de las enajenaciones privadas del bien, sino incluso conservando su carácter demanial» (PÉREZ MORENO, «Fundamentación del derecho de reversión en

Frente al más reciente derivado de la necesidad de mejorar las condiciones de financiación para las obras y grandes proyectos públicos, comentado al tratar de la inalienabilidad del dominio público como invocado motivo impediente para el reconocimiento de los derechos reales administrativos, quizá el caso más paradigmático sea el de los bienes adscritos por el concesionario de un servicio público, para los que conviene en declararse su indisponibilidad: tanto para el propietario, que no puede enajenarlos si no es en relación con la prestación del servicio, como para terceros, que en principio no podrán embargarlo mientras se precisen para que el servicio siga prestándose.

La afectación, en cuanto destinación efectiva, de los bienes a un servicio de utilidad pública representaría, pues, el fundamento de este muy especial marco de indisponibilidad. Pero, ¿cuál sería, más propiamente, su vía concreta de instrumentación?

Sobre el particular, una influyente corriente doctrinal aboga por la idea de que la afectación se traduce en una vinculación real, por dirigirse a la cosa misma y mantenerse, frente a cualquier título civil, en atención a la necesaria continuidad de los servicios públicos, al margen, por tanto, de quien sea su propietario (53). En el plano histórico, básicamente feudal, se recuerda que las vinculaciones implicaban la sujeción de un bien raíz o de varios bienes a la propiedad, o, tal vez mejor, a la posesión de una determinada familia, o de determinados sucesores en forma perpetua. El instituto, por tanto, se cimentaba en dos condiciones: la inalienabilidad y la inalterabilidad en el orden de suceder. En efecto, la persona a quien correspondía un bien vinculado aunque recibiera el nombre de propietario, en verdad no tenía el dominio de tales bienes, por cuanto carecía del derecho de disponer ciertamente esencial en el dominio. Por otra parte, las cosas vinculadas estaban fuera del comercio y excluídas de la prenda común de los acreedores. Los mayorazgos eran la vinculación por antonomasia. Comprendían el derecho de suceder en los bienes dejados por el fundador con la condición de que se conservaran íntegros y dentro de la familia, de modo que pudiera adquirirlos el primogénito más próximo por orden sucesorio.

Conceptualizada así, la vinculación resultó difícilmente conciliable con los postulados liberales de la nueva legislación. Sin embargo, casi un siglo después, su técnica podrá volver a observarse, muy cambiada, en la regula-

materia de expropiación forzosa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 54 [1967], pág. 140).

(53) Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *ob. cit.*, pág. 56; DE LA VALLINA VELARDE, *Régimen jurídico-administrativo del servicio público telefónico*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971, pág. 92 y sigs., aunque, con mayor especificidad, repercusión y desarrollo, ARIÑO ORTIZ, *La afectación de bienes al servicio público*, Madrid, Escuela Nacional de la Administración Pública, 1973, pág. 64.

ción urbanística. La calificación, la determinación de una zona del territorio, como urbana, rural o urbanizable no supone más que la vinculación del suelo a un determinado estatuto, de contenido francamente restrictivo con respecto a las facultades genéricas de la propiedad (54).

Con tales premisas, ARIÑO da un paso más, al destacar el componente activo de la relación. A su juicio, la vinculación de bienes privados a un destino público no habrá de impedir la enajenación del bien afectado con tal de «que se respete la carga de la afectación» (55). Con lo que la afectación acabaría traduciéndose en un gravamen en garantía de una actividad, asegurando la incorporación y aplicación del bien, de forma que todo aquel que lo adquiera, estando todavía afectado, quede igualmente comprometido respecto de aquella actividad. Extremando su apreciación, la vinculación se trataría, en puridad, de un derecho real *in faciendo* (56).

Recuérdese que los derechos reales *in faciendo* aluden a la eventualidad de un derecho real que conlleva a favor de su titular una conducta, una prestación positiva a cargo de quien sea poseedor o propietario del bien gravado en cada oportunidad. Se perfila como una hipótesis excepcionalmente admisible en virtud de los patrones clásicos que singularizan a los derechos reales. Si el sustrato jurídico real parte de la inmediación persona-cosa, el hecho de que el interés vinculado conste dependiendo del cumplimiento personal de una prestación ha de desacreditar, abiertamente, la faceta.

Ahora bien, no debe localizarse el motivo de impugnación en la legislación civil, entre otras razones, por cuanto se expresó al hilo del *numerus clausus*; las reglas del Derecho Administrativo bastan. Justamente, si se diese en la hipótesis la nota de ambulatoriedad de los derechos reales *in faciendo*, «debería trasladarse al adquirente la obligación de prestar el servicio, y parece muy claro que esto no puede ser así, puesto que es el gestor el obligado por el vínculo contractual a la prestación del servicio. Esta obligación tan sólo puede trasladarse con el consentimiento de la Administración —titular del mismo, en definitiva— y siguiendo las normas legales previstas para la adjudicación a un sujeto de esta obligación a cambio de las contrapartidas que

(54) Según hacen notar PÉREZ MORENO (cfr. *ob. cit.*, pág. 139) y PAREJO ALFONSO (cfr. «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102 [1983], págs. 2418-2419).

(55) *Ob. cit.*, págs. 74-75.

(56) Cfr., de la misma opinión: LÓPEZ PELLICER, «La concesión de servicios locales», en LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión administrativa en la esfera local: servicios, obras y dominio público*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1976, págs. 164-165; ARIMANY LAMOGLIA, «Situación jurídica de la Administración respecto de los bienes sujetos a reversión en la concesión administrativa de servicio público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 92 (1980), pág. 182; y VERA JURADO, «El régimen jurídico del patrimonio de destino en la concesión administrativa de servicio público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 109 (1986), pág. 229.

en su caso establezcan» (57). En el caso, se percibe, entonces, «una disociación subjetiva entre la obligación de prestar el servicio y la propiedad sobre los bienes que al mismo están afectos, y ello porque son distintos los factores y momentos constitutivos de una y otra: la obligación de prestar el servicio lo es en virtud de un contrato y cuando éste se perfecciona; el derecho real —carga para el propietario— se constituye con la afectación, que no ha de coincidir cronológicamente con la perfección del contrato» (58).

Limitadamente, pues, pero sin alejarnos de la comprensión jurídico-real del fenómeno, la situación jurídica del tercer adquirente consistirá en respetar el destino del bien afectado, sin poder dar al bien un destino patrimonial y funcional distinto del que tiene. En este sentido, se ha advertido que el deber de continuidad del servicio público no puede ser afectado por la transmisión del bien, pudiendo oponer la Administración su «derecho real de afectación, contra cualquier pretensión reivindicatoria del adquirente», por cuanto «el destino del patrimonio a una finalidad pública tiene una supremacía absoluta sobre cualquier situación jurídica privada» (59). Sin embargo, no parece, de conformidad con lo expresado más arriba, que ese derecho reconocido a la Administración haya de triunfar, en todo caso, sobre la buena fe del tercero adquirente, a modo de contrapeso de la flexibilidad que, en lo demás, incorpora la afectación.

V. ÁMBITO FUNCIONAL DE LA CATEGORÍA

A) EL ELEMENTO TELEOLÓGICO COMO PIEDRA DE TOQUE

Hemos visto cómo el foco de atención para el nacimiento del concepto de derecho real administrativo se habría puesto en la situación jurídica del concesionario. Quizá HAURIOU, para evitar acumular críticas contra su concepción acerca del dominio público, habría rehusado componer una teoría con otra, evitando tratarlas en su conjunto (60). No quede duda, con todo, de que su planteamiento favorable a la aplicación de la noción jurídico-real en sede administrativa se estructura en torno al dominio público como propiedad, en la amplia perspectiva que se encargaría de plasmar RIGAUD en su defensa. El

(57) ESTEVE PARDO, «Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones *a non domino*», en *Revista de Administración Pública*, núm. 113 (1987), págs. 203-204.

(58) *Idem*, pág. 204.

(59) En el parecer de VERA JURADO (*ob. cit.*, pág. 237), el cual no se muestra del todo compatible con la opinión previa que comparte acerca de la dimensión *in faciendo* del fenómeno.

(60) Téngase en cuenta que ya en la primera edición de su *Précis*, en 1892, había afirmado la naturaleza del dominio público en cuanto propiedad.

dominio público no constituiría sólo un derecho real administrativo, sino el derecho real administrativo por excelencia, cuyos históricos problemas de calificación vendrían dados por la misma razón —la afectación en provecho público— que hace especiales a los demás derechos que sobre los bienes del demanio pueden darse.

Valga lo anterior, pues, como premisa en torno a la visión que se ha de considerar más acertada acerca del ámbito de aplicación de la teoría de los derechos reales administrativos. Todos los derechos que tanto un ente público como una persona particular puedan invocar sobre un bien incorporado al demanio, por someterse al estatuto exorbitante que protege a éste, han de entrar de suyo en la categoría (61).

Sin embargo, es precisamente por la incidencia de ese régimen especial, basado en la idea de preservación de los intereses colectivos frente a los más estrictamente privados que puede —y debe— extenderse el concepto respecto de ciertas figuras que, con un contenido patrimonialmente autónomo, se proyectan en la legislación sobre bienes de propiedad particular para la satisfac-

(61) Con GARRIDO FALLA, «hay que entender que un derecho real debe calificarse de administrativo siempre que, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del sujeto o del objeto, presente peculiaridades respecto a su régimen jurídico que contrasten con el establecido en el Derecho civil» (*Tratado...*, cit., pág. 340). Para GONZÁLEZ PÉREZ, en cambio, sólo han de reputarse administrativos los derechos reales que recaen sobre un bien del dominio público. Sin embargo, se pregunta si no es posible concebir derechos reales administrativos sobre bienes de propiedad privada. «Si a favor de los particulares se reconoce la existencia de derechos reales administrativos sobre el dominio público, ¿por qué no van a existir derechos reales administrativos sobre bienes de propiedad privada?» Y, contestando, recuerda que «es indiscutible que, a favor de las entidades públicas, se reconocen derechos reales sobre bienes de propiedad privada; existen derechos de goce —v. gr., servidumbres—, derechos de garantía —v. gr., hipotecas legales a favor de la Hacienda Pública—, derechos de adquisición —v. gr., tanteos y retractos legales—. Ahora bien, el problema está en si en estos casos se da realmente el régimen exorbitante del Derecho común característico de los derechos reales administrativos o si, por el contrario, estamos en presencia, lisa y llanamente, de derechos reales privados». Pues bien, tales derechos, al menos en la mayoría de los casos, serían derechos privados, al no plantear en su régimen diferencias esenciales respecto de los respectivos tipos que son comunes del Derecho Privado. Sin embargo, opina, «existiría un grupo de derechos reales a favor de la Administración Pública que ofrece ciertas especialidades. Son aquellos que se establecen en razón del dominio público, cuando el dominio público aparece en escena como predio dominante en una servidumbre real. Porque resulta indudable que si el dominio público puede aparecer como predio sirviente en una servidumbre de naturaleza administrativa, también puede ser predio dominante» (*Los derechos reales...*, cit., págs. 35-36). No obstante, el argumento no parece conclusivo; primero, porque es obvio que toda servidumbre administrativa se constituye conforme al Derecho Público, no siendo imprescindible, según aquí se dirá, que exista fundo dominante; segundo, porque la circunstancia de que un bien público pueda quedar gravado en beneficio de otro de igual naturaleza, aunque, entiéndase, titularidad de una Administración diferente, no aleja la hipótesis de aquella supuesta premisa por la que sólo el dominio público puede predicarse objeto de los derechos reales administrativos.

ción de aquellos (62). La constitución coactiva en sede administrativa y la nota de inalienabilidad, junto con las otras dos que de ella se derivan, relativas a la inembargabilidad e imprescriptibilidad de los bienes públicos, se despliegan asimismo, y por la razón que se explica, de estos derechos, que, por serlo, también gozan de la consideración de bienes públicos. Obviamente, no se trata de derechos patrimoniales plenos, porque, si lo fueran, plasmarían un caso de dominio público. Al contrario, constituyen derechos limitados, en la medida en que su objeto de definición económica se solventa a través de una repercusión menor sobre el bien gravado, apta para colmar el interés o necesidad general en presencia.

La misma finalidad que se cumple mediante el estatuto del dominio público, en consecuencia, estaría cumpliéndose a través de estos modelos limitados en su relación con el derecho de propiedad pública pero, a su vez, limitativos con respecto a la propiedad privada. El Código Civil italiano los denomina, exactamente, derechos demaniales sobre bienes ajenos. En esta dirección, su artículo 825 declara que están igualmente sujetos al régimen del dominio público los derechos reales que corresponden al Estado, a las provincias y a los municipios sobre bienes pertenecientes a otros sujetos, cuando dichos derechos se constituyen para la utilidad de alguno de los bienes del demanio «o para la consecución de fines de interés público equivalentes a los que sirven esos mismos bienes». A partir del precepto, «la doctrina italiana distingue dos tipos de *diritti o asservimenti pubblici*: a) las servidumbres administrativas *stricto sensu* en las que siempre hay interrelación predial, ya que se trata de derechos constituidos sobre un predio sirviente, público o privado, a favor de un bien de dominio público (dominante) que pertenezca a un ente distinto del titular del predio sirviente (en caso de que éste también sea demanial); y b) los *diritti di uso pubblico*, que son los constituidos para la consecución de fines de interés público pero no para la utilidad de un predio dominante... Ambas figuras son derechos reales que integran el dominio público y se benefician de la protección demanial exorbitante» (63).

En España, por su parte, el precedente hubo de influir para que empezara a tratarse sobre la utilidad de reconocer toda una categoría de *iura in re aliena* dentro del demanio. Ello, en primer lugar, habría de propender, por facilitar su incardinación sistemática, al estudio de las servidumbres administrativas, instituto nunca acabadamente comprendido; y, en segundo lugar,

(62) La afectación como vinculación jurídico-real, en función de los argumentos ya enunciados, habría de entrar en la categoría, con tal de que se repare en la fuente meramente doctrinal de la inferencia, de suyo, conflictiva.

(63) CARRILLO DONAIRE, *Las servidumbres administrativas: delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico*, Valladolid, Lex Nova, 2003, págs. 116, nota 174, y 194-195, con cita de destacada bibliografía.

porque de admitirse sin ambages la fórmula podría evitarse excluir al propietario, expropiar absolutamente la propiedad, si el destino público que procura darse al bien pudiera conseguirse mediante la constitución, obviamente con menor desgaste indemnizatorio, de un derecho menor (64). El reconocimiento, así, de derechos demaniales distintos al dominio pleno sobre la cosa —se apunta—, no representaría «un riesgo de desbordamiento del régimen de la demanialidad, sino, más bien, una firme apuesta por la necesaria racionalización del mismo, cuyo primer requerimiento es, probablemente, admitir la existencia de regímenes demaniales diversificados en función de los diferentes tipos de bienes y derechos sobre los que la categoría se proyecta» (65). Pretende contestarse, de esta manera, al argumento contrario a la tendencia fundado en la necesidad de contener la que ha venido a denominarse *vis expansiva* de la demanialidad, que, cuantitativamente, «conduce a una propagación del régimen de la propiedad pública a bienes que muy difícilmente encajan en el molde tradicional, pero para los cuales resulta muy conveniente extender las potestades y exorbitancias clásicas» (66); poniéndose como ejemplos el espacio radioeléctrico, la energía electromagnética o, incluso, las invenciones intelectuales (67). No obstante, resulta, justamente, al revés: la afectación como exclusivo pero eficaz título de intervención administrativa, emerge hoy en cuanto válida alternativa frente al escaso valor de mantener a ultranza la técnica de la demanialidad; en función no sólo del problema de adaptación a esas nuevas clases de bienes (68), sino por la necesidad de

(64) Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los *iura in re aliena*», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 35 (1982), pág. 655.

(65) CARRILLO DONAIRE, *ob. cit.*, pág. 122.

(66) MOREU CARBONELL, «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las “obligaciones de dominio público”», en *Revista de Administración Pública*, núm. 161 (2003), pág. 447. Tomando el específico ejemplo del declarado dominio público radioeléctrico, «más que un bien es un espacio que, además, pudiera estar vacío y sólo se crea o existe cuando es cruzado por ondas. La delimitación de ese espacio no depende del Estado titular, sino de lo que resulte de los convenios internacionales que regulan aquel tráfico de ondas. Tampoco es sencillo, aun en el marco de dichos convenios, saber de las dimensiones de aquel espacio. Seguramente la demanialización comprende desde el suelo a la estratosfera. Pero también hay que considerar que existen ondas transmitidas por los satélites con los que resulta demanializado extraatmosférico. Por otro lado, el derecho de exclusión del uso por terceros de ese bien aparece necesariamente limitado: por una parte es la Humanidad la “proprietaria” de esos bienes; por otra, ningún Estado soberano puede impedir el paso de ondas radioeléctricas por su espacio, etc.» (MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Madrid, Civitas, 2004, págs. 1299-1299).

(67) Cfr. SÁINZ MORENO, *ob. cit.*, pág. 490.

(68) Siguiendo, así, con el régimen del espacio radioeléctrico, la reserva al Estado de la potestad para conferir derechos exclusivos de uso sobre esa *res communis omnium*, «no implica titularidad ni demanialidad alguna, puesto que tal reserva afecta a la legitimación del sujeto privado; sin la previa intervención estatal no hay más que derecho a un uso

aplicar instrumentos de financiación y gestión de las infraestructuras públicas hasta ahora discordantes con la dogmática del demanio (69).

B) CLASIFICACIÓN

Resultando que las particularidades de régimen jurídico se dan tanto en derechos reales a favor de la Administración como en derechos reales a favor de los particulares, y tanto sobre bienes del dominio público como privados, GARRIDO FALLA propone la completa clasificación que sigue (70):

- Derechos reales de la Administración:
 - De carácter administrativo:
 - Sobre sus bienes propios: dominio público
 - Sobre bienes ajenos:
 - Servidumbres administrativas a favor del dominio público
 - Tanteos y retractos administrativos
 - De carácter civil:
 - Sobre sus bienes propios: bienes patrimoniales de la Administración
 - Sobre bienes ajenos:
 - Servidumbres civiles a favor de la Administración
 - Tanteos y retractos civiles
 - Hipotecas legales
- Derechos reales administrativos de los particulares:
 - Concesiones sobre dominio público
 - Tanteos y retractos administrativos

Según se ve, en la lista constan enunciados los derechos reales de los, que sometidos al orden civil, puede ser titular la Administración. Estos derechos *privados* que interesan, no cabe duda, por formar parte igualmente del patrimonio público, es verdad que aparecen condicionados por ciertas peculiaridades, entre ellas, como más relevantes las que limitan su libre enajenación, pero sin llegar a estar excluidos del tráfico jurídico común. Los bienes y derechos patri-

(autorizado) no excluyente» (FERNANDO PABLO, «Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 143 [1997], págs. 132-133). Si, pese a todo, normativamente pueda declararse como dominio público, es para situar el objeto de regulación fuera del comercio, excluyendo el derecho de propiedad, de atribución privada, más bien, «sobre las frecuencias, pero también una exclusión del derecho a usar de forma absolutamente libre, y en todo caso sólo sujeto a autoridad de policía, las radiofrecuencias, al menos cuando se pretenda impedir a otro, en un territorio determinado, el uso de la misma» (*ídem*, pág. 138).

(69) Cfr. MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, pág. 1299.

(70) Cfr. *Tratado...*, cit., págs. 340-341.

moniales, como segunda categoría esencial de los bienes públicos, podrán estar vinculados al interés general, lo que desde luego justifica su existencia, pero sin trascender a un régimen de absoluta exorbitancia.

En cuanto segunda observación, por principio, no cabe reputar administrativo ningún derecho real de titularidad particular sobre un bien no demanial. Por tal razón, comenta GARRIDO, no puede serlo el que ostenta el concesionario de servicios públicos sobre sus bienes propios afectos a la explotación (71), aunque se antoja éste un extremo muy controvertido, no tanto por la calificación que haya de recibir esa titularidad como por la supuesta concurrencia en el caso de un gravamen real, marcadamente público, en cabeza de la Administración; a cuanto se ha expresado más atrás sobre la afectación como situación jurídica autónoma me remito. Sin embargo, donde creo que sí podría consagrarse la excepción al principio sería respecto del derecho de retrocesión, de reversión que se reconoce, precisamente, sobre los bienes expropiados cuando se hace toda dejación de la *causa expropriandi*, de modo especial por la declaración de la Administración al respecto o, directamente, por no ejecutar la obra o no establecer el servicio que motivara la expropiación; fundamentalmente porque, debiéndose de tener por desafectados entonces los bienes, el derecho del expropiado vendría a recaer sobre un objeto no demanial, de común régimen y naturaleza (72).

1. *Dominio*

Aun reconociendo su carácter de propiedad, son pocos los administrativistas que se han decidido por conceptuar el dominio público como derecho real. Parece como si las especialidades de la propiedad pública fueran de tal calibre que, sin llegar a rebatir la existencia de un auténtico poder de dominación en manos o a cargo del Estado, habrían de repeler avanzar en pro de

(71) Cfr. *Tratado...*, cit., pág. 341, nota 7.

(72) En este orden de cosas, debe huirse del concepto estricto de desafectación que emplea, tras su nueva redacción operada por la Ley de Ordenación de Edificación, el artículo 54 de la Expropiación Forzosa, en la medida en que la noción se halla en tal sede comprimida por las otras causales previstas para que opere el derecho de reversión. En este contexto, mientras que en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se reputa, sin más, desafectación, el dejar de destinarse el bien demanial «al uso general o servicio público» (art. 69.1), en la de Expropiación Forzosa el término se incorpora en alusión a aquellos supuestos en que, implantado efectivamente el destino previsto —lo que, demás está decir, no puede ocurrir cuando no se lleva a cabo la obra ni se establece el servicio imprescindible para lograr cumplir el objetivo—, cesa la necesidad de ese destino o cambia por un motivo, también, de utilidad pública. Fíjese en lo impropio de no admitir la existencia de desafectación cuando es la propia Administración la que notifique al expropiado su propósito de no ejecutar la obra o establecer el servicio, como refiere con especificidad aquel primer artículo citado.

una definición jurídico-real del trasunto. Pero la operación es más simple. No se trata de comparar una y otra especie de propiedad, la pública y la privada. Antes bien, lo primordial, al estilo de lo ya efectuado en este trabajo, consiste en averiguar si las dos notas constituyentes del derecho real —inmediación y absolutividad— se encuentran presentes en el demanio. Sin la presencia concurrente de ambas, no habría derecho real, por mucho que la figura pudiera llegar a contener, siquiera en hipótesis, el conjunto de facultades materiales que se enseñan para el dominio (73).

En esta dirección amerita compartir el planteamiento de GUICCIARDI (74). Si en el derecho de propiedad como prototipo jurídico-real, dirá, se distinguen dos aspectos característicos y esenciales —uno interno, constituido por la relación entre el objeto y la cosa, y otro externo, a partir de las relaciones entre el titular y las otras personas a propósito de la cosa—, la diferencia entre el régimen de la propiedad pública y el de la privada, aparecería solamente respecto al aspecto externo del derecho, diferencia consistente en el hecho de que sea el Derecho Público o el Privado el que asume la protección de la propiedad con respecto a terceros. En cuanto al aspecto interno, vale decir la relación inmediata entre el propietario y la cosa, se hacía eco de la teoría por la que algunos la consideraban, por entonces, una simple relación de hecho, aunque también de la opinión de aquellos que no apreciaban mayores diferencias entre ambas formas de propiedad. No obstante, el autor agregaba que si la propiedad pública había de resultar de la idea de la propiedad civil transportada a la esfera del Derecho Público y modificada en consecuencia, no se alcanzaba a comprender por qué el carácter público no debía investir la institución en todos sus aspectos. Por otra parte, y frente a esta visión contaminante, no podría dejar de observarse que el goce de los bienes demaniales por la autoridad pública se produciría de una manera particular, de acuerdo con modalidades y efectos ignorados en el Derecho Privado. Con lo que GUICCIARDI terminaría por reconocer, también, la especialidad de la inmediación en el supuesto.

(73) Con este espíritu llega a comprenderse que haya, incluso, quienes negando su condición de propiedad, reconozcan la cualidad de derecho real del dominio público. A juicio de DÍEZ PICAZO, mismamente, mientras que es cierto que algunos de los derechos reales que son típicos de la doctrina del Derecho Civil, pueden aparecer cualificados por su pertenencia a la Administración Pública o por el hecho de ostentarse por alguna entidad administrativa, con variantes respecto de su régimen común, «en otros casos, en cambio, una relación o situación jurídica típica del Derecho Administrativo da lugar a formas de derechos reales, que son diferentes de aquellos de que conoce el Derecho Civil. En estos casos, el Derecho Administrativo constituye una especial fuente de nuevos derechos reales, que deben ser especialmente tenidos en cuenta». Han de referirse, así, «la titularidad de la Administración sobre los bienes del dominio público, que es una situación por completo distinta del derecho de propiedad, y el derecho de disfrute de bienes de dominio público derivado de una concesión demanial» (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, Civitas, 1995, págs. 103-104).

(74) Cfr. *Il demanio*, Padua, Cedam, 1934, pág. 11 y sigs.

La, como aquí ha sido llamada, mediatisación de las dos facetas que hacen al derecho real por la máxima, a su vez, de la afectación, es también la opinión que mantiene ZANOBINI, quizá más resueltamente (75). En este sentido, si el señorío jurídico en que radica el aspecto interno se muestra libre en el Derecho Privado, en el Público está jurídicamente determinado y concretado en torno al interés de la comunidad y a las funciones esencialmente asignadas a la Administración. Del mismo modo, mientras que el aspecto externo cifrado en el derecho de defender la cosa contra cualquier persona que usurpe la posesión o turbe el goce de la misma, se desenvuelve en el plano privado en condiciones de igualdad jurídica, en el Derecho público se realiza por medio de actos de soberanía, unilaterales y directamente ejecutivos de la Administración.

2. *Derechos de goce*

Los derechos de goce reciben su nombre por facultar al total o parcial aprovechamiento de una cosa. Estos derechos se distinguen por el modo en que hayan de limitar la propiedad que se tiene sobre el objeto gravado. Los de grado superior serán aquellos que, como el derecho de usufructo, uso, habitación o superficie, han de reducir considerablemente las utilidades con las que se quede el propietario, al que por ello arriba a llamarse nudo propietario. El derecho de servidumbre, por el contrario, procura a su titular un provecho menor sobre la cosa, sin impedir, más que en lo imprescindible, que su propietario la siga disfrutando; así, atravesar un fundo, obtener agua de una fuente, etc. La distinción tiene gran importancia, pues el carácter perpetuo sólo se llega a reconocer para las servidumbres, precisamente por no alterar, con su ilimitada vigencia, la función económica del dominio (76).

(75) Cfr. *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, I, Milán, Giuffrè, 1939, pág. 198.

(76) La incidencia de cada uno de estos derechos sobre las posibilidades económicas de la cosa se prefiere, por tanto, a la distinción que de la categoría propone GONZÁLEZ PÉREZ (cfr. *Los derechos reales...*, cit., pág. 39 y sigs.) entre los derechos de uso y los de disfrute: los primeros relativos a la utilización de la cosa misma; los segundos a la facultad de obtener los frutos y/o productos de ella. En cuanto a la tercera especie de derechos de goce que contempla, la de aquellos que implican el consumo de la cosa, no merecerían, como enseña el Derecho Común, una acepción diferenciada: la propiedad sobre los frutos o, más bien, productos, que depare un bien —atendiendo al ejemplo que pone el autor en torno a ciertos aprovechamientos especiales de aguas públicas— no dependen de un particular título atributivo sino de la naturaleza consumible de lo que se retire, exactamente igual a lo que ocurre con aquellos derechos, pretendidamente singulares, de disfrute. Y es, justamente, por ese carácter, que desde su separación del bien que hasta tal instante integraba, cuanto se extraiga se hace susceptible de propiedad privada (pues el consumo incorpora sí o sí disposición). Es así que BIELSA, al desarrollar el carácter de la inalienabilidad, hace reserva de las cosas que pueden separarse de un bien del dominio público «de

En el plano administrativo, el derecho de uso, disfrute o aprovechamiento que cabe obtener sobre un bien del demanio público por medio de concesión o autorización no conviene que se identifique genéricamente con ninguna de aquellas categorías del Derecho Privado. Dicho de otra forma: será lo convenido o impuesto por la Administración para el otorgamiento del pertinente título concesional, siempre de acuerdo a la ley, el que determine el contenido y amplitud de ese goce, pudiendo sólo a partir del título hacer las analogías del caso.

Sobre bienes del dominio particular, por su parte, la misma diferencia que justifica el diverso régimen civil entre el usufructo y la servidumbre, es la que impide que con respecto a tales bienes la Administración pueda imponer, por razón de interés público, un derecho de amplio contenido (77). Los derechos demaniales, como se denominan en el ordenamiento italiano, parecieran circunscribirse, básicamente, en torno a la fórmula de las servidumbres, que habilita a una utilidad sobre el bien gravado de incidencia menor; para una mayor limitación material de la propiedad, la única vía posible sería la expropiatoria.

El rasgo sustancial de estas servidumbres reside en el interés colectivo que subyace en su constitución, matiz que de por sí se mostraría suficiente como para impugnar la unidad de género, obviando la lisa y llana aplicación de la normativa común en la materia.

Efectivamente, aunque las servidumbres administrativas compartan con las del Derecho común —y dentro de ellas especialmente, las que, por su igual carácter obligatorio, pueden llamarse coactivas—, la naturaleza de gravamen,

modo tal que no se afecte el destino del mismo, v. gr., las flores, los árboles de los parques públicos, la arena de las playas, etc. Lo extracomercial de las cosas o las dependencias del dominio público es, pues —añadía—, relativo al uso normal según el destino mismo de la cosa» (*Derecho Administrativo*, III, Buenos Aires, Depalma, 1956, pág. 404).

(77) En este sentido, la previsión favorable a la perpetuidad que para las servidumbres reales se reconoce sería uno de los argumentos de mayor peso para sostener la parcialidad de goce como requisito para ellas; en un sistema donde la libertad del dominio se protege como axioma imprescindible, la perpetuidad de algunos gravámenes sólo podría admitirse cuando fuera conveniente desde un punto de vista social y económico, y no pervirtiera por merarlo en demasía, el contenido esencialmente típico de la propiedad; la propiedad podrá gravarse poco todo el tiempo, pero nunca mucho indefinidamente. Como habría dicho BONDI, por medio de una servidumbre, exclusivamente cabría conceder poderes de carácter específico, correspondientes a otras tantas utilidades que determinan limitaciones singulares de la propiedad ajena. Pero no podrían llegar éstas al punto de anular la propiedad. Si en un acto, aunque sea calificado como constitutivo de servidumbre, el propietario del fundo sirviente se reservara sólo algunas facultades, mientras todas las demás se transfiriesen al propietario del otro fundo, se produciría un derrumbamiento o mescolanza de situaciones (cfr. *Las servidumbres*, trad. GONZÁLEZ PORRAS, Granada, Comares, 2002, págs. 260-261). Y en su intento por dejar bien clara la idea, advertía que aunque los poderes del propietario pudieran ser excluidos o limitados por concretas y determinadas servidumbres, no podría hacerse lo propio a través de una suerte de servidumbre general, que redujera la propiedad casi a cero; por esta vía, se desnaturalizaría el contenido y la esencia del dominio, resultando lo único conciliable el que la servidumbre coexista con la propiedad sin derogarla (cfr. *ídem*, págs. 262-263).

la necesidad de que se constituyan expresamente en cada caso y el corriente derecho a una indemnización en favor del propietario o particular perjudicado, la servidumbre se impone aquí por causa de utilidad general y con intervención o autorización de una persona del Derecho Público actuando, precisamente, en cuanto tal. La conveniencia social del evento justifica la exorbitancia de la servidumbre, nota que no sólo se destaca por el modo en que ve la luz, sino también por otros aspectos, para nada desdeñables, como son su imprescriptibilidad o el mecanismo de autotutela con que puede protegerse.

Cumpliendo idéntica función, junto a las servidumbres administrativas, los italianos hablan de derechos de uso público, según antes se mencionara, en alusión a los que pueden constituirse sobre bienes de propiedad particular, en favor o provecho colectivo y con total prescindencia de un predio dominante. La figura se viene a aplicar, así, con respecto a caminos rurales de uso vecinal, calles, pasajes, plazas y vías urbanas de titularidad privada, o bienes histórico-artísticos y archivos de propiedad particular (78).

En el ordenamiento español, la adopción de esta segunda especie de derechos no parece tan necesaria por su viable identificación con las servidumbres personales (79). Bien mirado, lo que se habría pretendido por la doctrina italiana es poner a salvo estos derechos, tendencialmente perpetuos dada su demanialidad, del régimen temporalmente limitado, por vitalicio, que hace a tales servidumbres (80).

En último lugar, en relación con los derechos reales administrativos de goce, debe recordarse el carácter real que, sin remilgos, cabe asignar a la ocupación temporal, regulada en los artículos 108 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa (81). De las servidumbres se diferenciaría en que la

(78) Cfr. CARRILLO DONAIRE, *ob. cit.*, pág. 196.

(79) Dos referencias pueden servir para un acabado análisis de las posibilidades de las servidumbres personales. Una ya clásica, la de OSSORIO MORALES (exactamente, «Las servidumbres personales. Ensayo de sistematización», Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1936); y otra, de nuestro tiempo: la de NAVAS NAVARRO, quien proyecta una visión más moderna del instituto, proponiendo hasta un cambio terminológico (*El derecho real de aprovechamiento parcial*, Madrid, Fundación Registral-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007).

(80) Cfr. COLOMBO, *I diritti di uso pubblico (struttura y funzione)*, Milán, Giuffrè, 1991, pág. 72.

(81) Su calidad de derecho real se ha venido manteniendo desde la doctrina italiana. Así, «superadas las posiciones tradicionales de ROMANO y D'ALESSIO, que calificaban a la ocupación temporal dentro del género de las limitaciones a la propiedad, ZANOBINI, siguiendo a FRAGOLA y, con matizaciones, LUCIFREDI, representan a quienes la conceptúan como un derecho real de goce, no identificable ni con el derecho real de uso ni con el de usufructo, sino con el derecho de servidumbre. Más recientemente, ALESSI, incluyendo a la ocupación temporal, como a la expropiación, dentro de un género común, las prestaciones obligatorias de cosas, tratándose por tanto de un sacrificio de derechos más que de una limitación a los mismos, continúa la línea doctrinal de ZANOBINI, concibiéndola como un derecho de carácter real, constituido coactivamente por un procedimiento administrativo,

ocupación puede llegar a acarrear la desposesión, aun parcial, del propietario u ocupante, su exclusión efectiva con respecto del bien, de lo que se colige su duración marcadamente limitada, pero también, y al igual que con respecto al instituto expropiatorio, en el motivo de afectación: una necesidad urgente, súbita o circunstancial, nunca un interés público estable (82).

3. Derechos de garantía

Como sabemos, ha sido el interés hacia nuevos medios de financiación de infraestructuras públicas el que ha motivado la expresa recepción legislativa de la categoría de los derechos reales administrativos en destacados países de nuestro entorno. Sin un sistema acorde de garantías, no habría financiación, de ahí la necesidad de remozar las consecuencias tradicionales que se han predicado de la inalienabilidad en toda esta materia. Fiel exponente del contexto anterior, ha de transcribirse la opinión señera de GONZÁLEZ PÉREZ: «si para que sea posible la constitución de un derecho real administrativo —decía— es necesario que esté en armonía con el fin público a que está afectado el bien sobre que recae, resulta obvio que no existe fin público compatible con un derecho real cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación y cuyo ejercicio desembocará en la venta de la cosa sobre que recae para lograr la efectividad del derecho a que está afectado. Tan es así, que entre las notas esenciales que tradicionalmente vienen siendo consideradas como inherentes al régimen jurídico propio del dominio público, está la inembargabilidad y el no ser susceptible de gravamen» (83).

Tras la nueva normativa, sigue en pie, después de todo, el razonamiento; el dominio público continuará sin poder ser objeto directo de gravamen. No obstante, lo que se posibilita ahora, ya sin dudas, es el gravamen del derecho real (de goce) constituido en favor del concesionario. Pero, el factor público

del tipo de servidumbre. Por último, GIANNINI sitúa a la ocupación temporal dentro de los que denomina procedimientos ablatorios, que tienen en común el que imponen un sacrificio a un particular, distinguiendo, entre otros supuestos, los que extinguen un derecho real (como la expropiación), los que modifican su contenido normal (como la ocupación temporal) o los que crean un nuevo derecho real sobre los bienes de propiedad privada (caso de las servidumbres)» (ESCRIBANO COLLADO, «Ocupación temporal», en *Revista de Administración Pública*, núm. 106 [1985], pág. 65).

(82) Hipotéticamente, nada obsta a que la finalidad que motivara la expropiación se cumpla en un breve lapso como el que se señala para las ocupaciones temporales ordinarias. Pero esta mera posibilidad no significa que la Administración goce de libertad para elegir entre una u otra vía: la transitoriedad causal de la afectación le obliga a seguir el cauce de la ocupación si con el uso y goce del bien, durante un moderado periodo de tiempo, basta para solventar la necesidad subyacente.

(83) *Los derechos reales...,* cit., págs. 38-39; cfr., de la misma opinión, BIELSA, *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lajoune, 1923, pág. 66.

todavía incidiría en el régimen de estas garantías. Fíjese en el doble límite que deriva del segundo apartado del artículo 98 de la Ley 33/2003, por el cual los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones sólo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada, requiriéndose, en todo caso, para la constitución de esa hipoteca de la previa autorización de la autoridad concedente, sin la cual no podrá ni otorgarse.

Con respecto, por su parte, a los derechos reales de garantía de titularidad pública sobre bienes de un particular, todo el protagonismo se lo llevan las llamadas hipotecas legales, que lo son porque no requieren de un acto expreso de constitución, y se prevén en garantía de determinados créditos de la Administración. Su más reciente, e importante, recepción la encontramos en el artículo 78 de la Ley General Tributaria, por cuya virtud «en los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior». Pues bien, la especialidad de este derecho real, que lo convierte en plenamente administrativo (84), y no mera afección —la que en sede tributaria se conduce, en cuanto tal, por los cauces de la responsabilidad tributaria subsidiaria (cfr. art. 79 de la Ley General Tributaria) (85)—, va desde lo ontológico, por cuanto no importa la buena o mala fe de los terceros adquirentes para que prospere frente a ellos la acción de cobro por el crédito fiscal (86), hasta el procedimiento para su articulación ejecutiva, que se tramita por vía administrativa (cfr. arts. 65 y 74

(84) Con lo que no se comparte la consideración meramente civil del supuesto efectuada, en su clasificación, por GARRIDO FALLA.

(85) Cfr. ZABALA RODRÍGUEZ FORNOS, en HUESCA BOADILLA (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004, págs. 550 y 551.

(86) La ley es causa de oponibilidad cuando el derecho de que se trate debe ser respetado aunque se ignore por quien se crea a resultas afectado. Para PAU PEDRÓN, ciñéndonos a las situaciones jurídico-inmobiliarias, esto último se produce: a) cuando no se prevé, como es nuestro caso, una regla general de inoponibilidad tabular, y por tanto ciertas relaciones no inscritas resultan oponibles al tercero *extra tabulas*; b) cuando se exige una previa inmatriculación, y ésta no se ha producido; c) cuando se trata de limitaciones del dominio (prohibiciones legales, retractos legales, servidumbres legales propias e impropias, limitaciones de la Ley del Suelo y de los planes de ordenación, unidades mínimas de cultivo, hipotecas legales...); y d) cuando se trata de arrendamientos urbanos y rústicos, aunque no siempre («Esbozo de una teoría general de la oponibilidad», en PAU PEDRÓN, *La publicidad registral*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001, pág. 350).

del Reglamento General de Recaudación). Se trataría, a la postre, del mismo procedimiento al que se someten las hipotecas que voluntariamente se constituyan a favor de la Hacienda Pública, como en los casos de aplazamiento o fraccionamiento de pago (cfr. art. 66 de ese Reglamento).

4. Derechos de adquisición

En virtud de los derechos de adquisición, su titular puede exigir que se le transmita la propiedad de una cosa. Se reconocen tres tipos elementales: a saber, opción, tanteo y retracto. El derecho de opción se caracteriza por atribuir la facultad de adquirir una cosa si se ejerce en el plazo y por el precio antes convenido; el de retracto, por la posibilidad de subrogarse en el lugar del comprador operada ya la transmisión de una cosa, mediante el abono del precio que haya pagado más, en su caso, los gastos; y el de tanteo, por la preferencia que se ostenta para adquirir un bien, en caso de que su propietario se decida enajenarlo. Para este último caso, por supuesto que si el propietario enajenara la cosa sin habérselo comunicado, el titular del derecho de tanteo habría de contar, igualmente, con el de retracto, al objeto de poder inutilizar la transmisión ya realizada.

En el ámbito administrativo, los derechos reales de adquisición se muestran verdaderamente funcionales. Destacan, así, el tanteo y el retracto para la adquisición por parte de la Administración de ciertos bienes de especial interés cultural, el derecho de reversión en la expropiación y el que sobre los bienes incorporados por el concesionario a la explotación del servicio público puede ejercer la Administración, siempre y cuando no sean de los que, por el juego del clausulado concesional, haya de adquirir automáticamente al cumplirse el plazo de la concesión. Junto a ellos, el derecho de opción ínsito a toda operación de leasing refleja especial relevancia de cara al desarrollo de infraestructuras públicas.

De primeras, el derecho de tanteo y el correlativo de retracto encuentran una de sus más paradigmáticas expresiones en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Conforme a su artículo 38, quien tratare de enajenar un bien declarado de interés cultural o incluido en el inventario general correspondiente, debe notificarlo a los organismos competentes en la materia y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Dentro de los dos meses siguientes a esa notificación, la Administración del Estado podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de Derecho público, obligándose al pago del precio convenido, o, en caso de subasta, el de remate, en un periodo no superior a dos ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago. De no haberse notificado el propósito de enajenación

correctamente, la Administración del Estado podrá ejercer, en iguales términos, el de retracto en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que adquiera conocimiento fehaciente de la enajenación. El precepto termina advirtiendo que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no podrán inscribir documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho real sobre esta clase de bienes sin que se acredite haber cumplido con los requisitos pertinentes. Sin embargo, tal y como aparece regulado, no se observa un régimen especial en comparación con otros derechos de adquisición de fuente legal, como los que, sin ir más lejos, se prevén en los artículos 1.522 y 1.523 del Código Civil, por lo que la impresión es que no nos encontramos ante derechos reales diferenciados de los ordinarios.

No sucede lo propio, en cambio, con el derecho de reversión, de retrocesión que se contempla como consustancial a la expropiación forzosa (87). El instituto otorga al sujeto expropiado la facultad de solicitar la devolución *in natura* del bien expropiado si su posterior gestión o aprovechamiento no se condice con el destino, la utilidad tenida en cuenta al expropiar, a reserva de señalados supuestos (cfr. art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa) (88).

(87) A favor del carácter de derecho real de adquisición preferente, obviamente, público, del derecho de reversión en materia de expropiaciones, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los derechos reales...,* cit., pág. 47; PÉREZ MORENO, *La reversión en materia de expropiación forzosa*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1967, págs. 147 y 167 y sigs., GIMENO FELIU, *El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa. Fundamentación y condiciones de ejercicio*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 131 y sigs. En contra: GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *Utilidad pública, ocupación y reversión de los bienes expropiados*, Granada, Comares, 2000, pág. 186 y sigs.; GALLEGÓ CÓRCOLES, *El derecho de reversión en la expropiación forzosa*, Madrid, La Ley, 2006, pág. 306 y sigs. Sobre el debate, en general, resulta asimismo recomendable la lectura de DE CASTRO VÍTORES, *Reversión expropiatoria. Una reflexión, en la perspectiva civilista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 39 y sigs.

(88) Así, para el ejercicio de la acción de reversión con respecto a la hipótesis fundamental de inejecución o no implantación de la obra o servicio correspondiente, tras la modificación que la Ley de Ordenación de Edificación hiciera del artículo de la de Expropiación Forzosa citado, el plazo para que pueda solicitarse es de tres meses, a contar desde la fecha en que la Administración notifique su propósito de no ejecutar la obra o de no implantar el servicio. En defecto de esta notificación, el derecho de reversión podrá ejercitarse por el expropiado, o sus causahabientes, cuando hubieran transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien o derecho expropiados sin iniciarse la ejecución de la obra o la implantación del servicio o cuando la ejecución de la obra o las actuaciones para el establecimiento del servicio estuvieran suspendidas más de dos años por causas imputables a la Administración o al beneficiario de la expropiación sin que se produjera por parte de éstos ningún acto expreso para su reanudación.

Por su parte, esos supuestos en que, según la Ley, no procede el derecho de reversión pese a desviarse del destino expropiatorio el que se diera luego a los bienes, son dos. El primero se producirá cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificara la expropiación se acuerde fundadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social. El segundo, cuando la afectación al fin de la expropiación, o a otro declarado de utilidad pública o interés social, se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio.

Pero la retrocesión sólo cobrará sentido cuando, con motivo del complejo expropiatorio, se haya llegado a efectivizar, mediante la concurrencia de los presupuestos que le son propios, la privación o pérdida de la propiedad. Sin haberse consolidado tal privación, por haberse abandonado simplemente el procedimiento por el órgano actuante, nada habría que retransmitir por cuanto nada se habría expropiado (89).

En el panorama de los derechos reales administrativos, la enorme particularidad de la reversión expropiatoria, conforme se ha expresado, se constata por dar cabida a un derecho de naturaleza pública titularidad de un administrado sobre un bien desafectado, que no integra, por tanto, el demanio (90). El criterio objetivo de apreciación cedería, confirmando toda la razón de ser del sistema, en favor del que constituye el elemento normativo; en este punto, no estaría de más recordar que todo el régimen de la reversión pertenece, y se regula, por el Derecho Público.

Resta hablar del derecho de la Administración sobre los bienes del concesionario de un servicio público sujetos a facultativa reversión (91). Se trata de aquellos bienes, denominados en la doctrina francesa *de reprise*, que por su utilidad para la explotación son de reversión, como se dice, facultativa, debiendo la Administración indemnizar al concesionario si al final estima oportuno adquirirlos (92). Se contraponen a los bienes *de retour*, los cuales, una vez incorporados o adscritos por el concesionario a la explotación, se

(89) Cfr. GALLEGÓ CÓRCOLES, *ob. cit.*, pág. 470, junto con la jurisprudencia que en tal sede menciona.

(90) En este punto, GARRIDO FALLA sigue a GONZÁLEZ PÉREZ, no obstante apuntar que la calificación de este derecho real como administrativo no deja de ser, por tal factor, dudosa (cfr. *Tratado...*, *cit.*, pág. 341, n.º 8).

(91) No está de más puntualizar sobre la distinción entre bienes afectos y revertibles, que si bien suelen hacerlo, no han de coincidir en todo caso. Y esa posible diferenciación puede ser inicial o sobrevenida. «Inicial, si en el contrato se fijan como revertibles determinados bienes cuando es más amplio el grupo de los verdaderamente necesarios y efectivamente utilizados en la explotación; el exponente más claro de esa distinción inicial se dará cuando falte la cláusula de reversión: existirán unos bienes afectos, pero ninguno será reversible. Diferenciación sobrevenida, si bienes identificados documentalmente como revertibles pierden —por razones diversas— su utilidad material en la prestación de servicio: aquí también puede darse un caso límite cuando se produce la paralización total, sin solución de continuidad, del servicio en cuyo contrato de gestión se incorpora la cláusula de reversión: ningún bien podrá considerarse afecto a un servicio que no existe; pero, sin embargo, esos bienes serán revertibles en virtud de lo pactado en el contrato» (ESTEVE PARDO, *ob. cit.*, pág. 197). Y es que son, a su vez, «diferentes los sistemas de determinación de unos y otros: documentalmente los revertibles (en el propio contrato o en otros documentos a los que puede entenderse se remite éste, como son actas de amojonamiento, planos detallados o estados descriptivos); y por su vinculación material, de hecho, a la prestación de servicio en el caso de los afectos» (*ibíd*em).

(92) Cfr. GARRIDO FALLA, «Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de servicios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 45 (1964), pág. 235 y sigs.; ESTEVE PARDO, *ob. cit.*, pág. 184, nota 7.

encuentran llamados a revertir, en el mismo título de la concesión o cualquier otro que, de suyo, lo complemente, sin contraprestación alguna a cargo de la Administración. Con respecto a esta segunda clase de bienes, el compromiso del gestor del servicio público se interpreta, por su parte, como título traslativo aunque de efectos diferidos al momento de extinguirse la concesión, a cuyo partir pasen al haber público de forma inmediata (93).

RESUMEN

*DERECHOS REALES
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

La consagración legislativa de la categoría de los derechos reales administrativos por la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones públicas, obliga a plantearse los fundamentos en que descansa la figura, en un intento por armonizar la noción jurídico-real con los parámetros específicos del tipo. En la labor, debemos retrotraernos a la génesis doctrinal del instituto para, desde ahí, comprender el sustrato diferencial

ABSTRACT

*RIGHTS IN REM
GOVERNMENT*

The legislative consecration of the category of administrative real rights by Act 33/2003 on the patrimony of public administrations forces us to consider the foundations on which the concept rests, in an attempt to harmonise the juridical/real notion with the specific parameters of the classification. In this task, we must look back to the doctrinal genesis of the institution, so that, from there, we can comprehend the differential substrate of

(93) En este segundo caso, el de los bienes directamente revertibles, como la adquisición se consumaría automáticamente no puede hablarse, en puridad, de un derecho de adquisición en favor de la Administración. El supuesto se explicaría mejor por la circunstancia de que el concesionario o gestor del servicio, en el marco del negocio concesional, habría consentido enajenar su derecho de dominio a término, quedando congruentemente en situación de propietario *ad tempus* en relación con esos bienes (cfr. ARMAN Y LAMOGLIA, *ob. cit.*, pág. 178). ¿Qué sucedería si se enajenara un bien revertible abandonado materialmente el servicio? ¿Podría perseguirlo la Administración directamente de manos de terceros? Se plantearían aquí dos soluciones: la primera, considerar, que el abandono del servicio, motivo de la desafección efectiva de los bienes, presupondría (pese a no corresponder a un comportamiento legítimo del concesionario) la extinción de la concesión, con lo que esos bienes habrían adquirido su plena condición demanial, siendo, por tanto, pasibles de autotutela. La segunda, estar a la naturaleza meramente personal del derecho de reversión, derivada de un derecho de propiedad todavía suspensivamente condicionado, por lo que la Administración sólo estaría facultada para acudir a los Tribunales ordinarios, y siempre con el límite referido a la buena fe del tercero adquirente, cuya incidencia puede hacer desbaratar la acción precautoria que ejercite (cfr. ESTEVE PARDO, *ob. cit.*, pág. 198, nota 36). MARIENHOFF opina contrariamente que ese derecho de crédito sólo se haría efectivo al extinguirse la concesión, por lo que no autorizaría al ejercicio de medida conservatoria alguna, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que, llegado el caso, pueda corresponderle al concesionario y a salvo, además, de las medidas de *control* que puede ejercer el concedente, las cuales, por el mismo discurso que emplea el autor, no parecen suficientes (cfr. *Tratado..., cit.*, III-B, § 1185, pág. 651, n.º 1974).

de una fórmula que, inicialmente inspirada en la teoría del dominio público, supone hoy fiel exponente de la necesidad superadora de los postulados clásicos del dominio. Este estudio pretende, pues, constituir un pequeño aporte para la integración de conceptos, resaltando el alcance práctico de los derechos reales de sesgo administrativo, aunque a partir de sus especificidades.

the formula, which was initially inspired by the theory of public domain but today stands as a faithful exponent of the need to work past the classic postulates of the public domain. This study is thus intended as a small contribution toward the integration of concepts, emphasizing the practical scope of real rights of an administrative slant, although on the basis of their specificities.

(Trabajo recibido el 28-07-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)