

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

UTILIZACION DEL LLAMADO INTERDICTO ADMINISTRATIVO POR UN AYUNTAMIENTO PARA RECUPERAR UN CAMINO.

I. ANTECEDENTES

1. «Depuradora de Moluscos, S. A.», tiende una tubería para elevar agua desde el mar hasta una de sus factorías. Al hacerlo hace atravesar la tubería por un supuesto camino, que a su vez atraviesa la finca propiedad de la sociedad e inscrita como tal, sin hacer alusión alguna al camino, en el Registro de la Propiedad.

2. La Comisión Permanente del Ayuntamiento adopta el acuerdo de requerir a la sociedad para que, en el plazo de quince días, proceda a la demolición de la obra efectuada o tubería colocada sin licencia, en cuanto afecta al camino público, con la advertencia de la ejecución por el Ayuntamiento caso de no hacerlo.

3. Interpuestos recursos de reposición y luego contencioso contra dicha resolución son desestimados.

4. En la apelación el Tribunal Supremo también desestima, aceptando los considerandos de la sentencia apelada.

II. CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1978

Considerandos de la sentencia apelada aceptados.

«1.º Que el recurrente don José V. V. actuando en representación de la entidad «Depuradora de Moluscos, S. A.», impugna los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Riveira de 22 de febrero y 13 de abril de 1972, que ordenaron la demolición de una tubería colocada para elevar agua del mar hasta su factoría en Aguiño, en cuanto obstruye el libre tránsito por un camino público; impugnación que se fundamenta en la supuesta incompetencia de la Comisión Municipal Permanente para adoptar los acuerdos recurridos, la falta de prueba sobre el carácter público del camino en cuestión, y la inscripción registral de la finca, en la que no consta que la misma se halle atravesada por camino alguno.

2.º Que la Sentencia del T. S. de 3 de junio de 1965 (R. 2962), en doctrina reiterada posteriormente en la de 19 de noviembre de 1971, ha reconocido *competencia para acordar la recuperación posesoria de bienes incluso al Alcalde, tanto por la residual—señalan—que le asigna el inciso i) del artículo 116 de la Ley de Régimen Local, como por las funciones de policía rural a que se refiere la letra c), por lo que, con más motivo debe reconocerse competencia a la Comisión Municipal Permanente, de la que forma parte el Alcalde*, además de que, como señala dicha resolución, el Acuerdo del Pleno sobre personamiento en el recurso contencioso-administrativo para defender aquella resolución, vendrían virtualmente a ratificarla, si es que ello fuera necesario.

3.º Que en lo que se refiere a la cuestión de fondo, los artículos 101, número 2 b), y 404 de la Ley de Régimen Local, 344 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales y 55 del Reglamento de Bienes, atribuyen a las *Corporaciones Locales la facultad de recobrar por sí la tenencia de sus bienes, en todo tiempo cuando se trate de bienes de dominio público, y dentro del plazo de un año si son bienes patrimoniales, procedimiento que, a semejanza de los interdictos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suponen únicamente la recuperación de la posesión despojada, sin decidir nada acerca del derecho de propiedad o de otros pretendidos derechos sobre los bienes*—Sentencia de 5 de enero de 1971—, *de forma que, esa recuperación posesoria, no impide el ejercicio de las acciones definitivas referentes al dominio ante los Tribunales competentes de la Jurisdicción ordinaria, habiéndose exigido por la Jurisprudencia para que esa pretensión recuperatoria de la posesión pueda prosperar, al igual que se exige en los procesos interdictales de la Ley Procesal Civil, que por el Ayuntamiento se justifique el requisito de la efectiva posesión pública*—Sentencias de 5 de octubre de 1965, 20 de marzo de 1969 y 4 de julio de 1970—, *ya que, como señala esta última, es el Ayuntamiento el que al recuperar asume la carga de justificar la posesión, y también la plena identificación del terreno a recobrar*—Sentencias de 18 de enero de 1967, 18 de junio de 1968 y 27 de enero de 1970—; *ahora bien, esa obligación probatoria que incumbe a los Ayuntamientos que recuperan la posesión, habrá de ser proporcionada al tiempo mayor o menor transcurrido desde el despojo, y valorarse en relación con las pruebas aportadas por quien también alega derechos posesorios sobre el mismo*.

4.º Que el contraste valorativo de las pruebas practicadas por una y otra parte, enfrenta las positivas del Ayuntamiento, representadas principalmente por las afirmaciones de la Cofradía Sindical de Pescadores de Carreira y Aguiño, y en especial, el informe del Comandante del Puesto de la Guardia Civil de Riveira, sosteniendo el uso y posesión pública del camino cuestionado, frente a una prueba negativa, la falta de referencia al camino en las escrituras de adquisición y agrupación de fincas y en la inscripción registral, practicada, que alega el recurrente, a cuyo respecto es de señalar la doctrina sentada en la Sentencia del T. S. de 24 de octubre de 1968, en la que, con referencia a las aguas de un río que atravesaban varios montes

que fueron agrupados o inscritos en el Registro de la Propiedad, se sostiene que el acceso de los montes al Registro a través del procedimiento de los artículos 205 y 206 de la L. H. carecería en todo caso de eficacia en cuanto a las aguas del río, ya que la protección que ofrece el Registro no se extiende a los datos registrales de mero hecho, como son la superficie, linderos y accidentes físicos, protegiendo sólo las fincas inscritas consideradas en conjunto; y en cuanto a la reproducción fotográfica que acompaña, en vez de servir de prueba a sus pretensiones, pone de relieve la existencia de lo que parece ser un camino, que arranca del muelle de Aguiño, que sin interrupción atraviesa la propiedad de la entidad recurrente desde la línea F a G, señalada en trazo rojo, hasta la A a H, y si en ésta parece interrumpirse, puede también observarse que esto ocurre cuando atraviesa zona rocosa, en que las huellas de un camino no pueden ser tan manifiestas, ni son fácilmente reflejables en una reproducción de una fotografía aérea.

5.º Que, por lo expuesto, es procedente la desestimación del recurso, sin perjuicio de las acciones que a las partes puedan corresponder para decidir ante la Jurisdicción ordinaria, con carácter definitivo, los derechos dominicales y posesorios que puedan corresponderles en relación con el camino litigioso; sin hacer declaración sobre el pago de costas, al no apreciar motivos de temeridad o mala fe procesal en las partes.

Considerandos del Tribunal Supremo:

1.º Que en cuanto a la invocada *incompetencia de la Comisión Municipal Permanente* para dictar los acuerdos recurridos, por ser atribución del Ayuntamiento en Pleno, resulta procedente su desestimación, coincidiendo con el pronunciamiento de la sentencia apelada, toda vez que es acertada la doctrina que en ella se sustenta, puesto que la materia objeto de tales acuerdos se encuentra atribuida a las facultades propias del Alcalde de dicha Corporación y, por tanto, con más razón la tiene que poseer la citada Comisión Municipal Permanente, cuando incluso forma parte de la misma la expresada autoridad local, y además cuando también conforme se dispone en el número 12 del artículo 123 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones Locales, se atribuye a esta Comisión el ejercicio de toda clase de acciones cuando de su demora pudieran seguirse perjuicios para los intereses municipales, lo que demuestra su competencia para dictar en el presente supuesto los acuerdos impugnados.

2.º Que el contenido de tales decisiones municipales, según se desprende de su propio texto, se refieren exclusivamente a que proceda a demolerse la tubería colocada en el camino cuestionado, sin tener licencia para ello, por cuanto afecta al uso público del mismo y tampoco ser susceptible de su legalización, por lo que en realidad la obligación que se impone a la Entidad apelante, lo es como consecuencia de las *obras realizadas sin la oportuna licencia municipal en bienes de uso público y bajo la advertencia de proceder a su demolición por no ser susceptibles de posterior legalización*; en vista

de lo cual, aquí no se discute la propiedad ni tampoco la posesión del referido camino como pretende la parte recurrente, por lo que son intrascendentes los elementos con los que se intenta acreditarlo y que se invocan por esa misma litigante, así como tampoco sirven a este caso las argumentaciones que en defensa de su pertenencia igualmente por ella se aducen, y puesto que de todos modos no resulta claramente justificado que sea la propietaria o legítima poseedora de dicho camino, sino que por el contrario existen medios probatorios suficientes del uso público desde antiguo, continuado y libre, del mencionado camino, así como consta su reciente interrupción precisamente por las obras de instalación de la citada tubería, lo que por sí solo es bastante para que la autoridad municipal tenga que adoptar la medida contenida en el Acuerdo que es objeto de esta apelación y que corresponde a las atribuciones que a la misma le están conferidas por su reglamentación, y sin que con ello se decida sobre la propiedad o posesión de aquel camino, lo que en su caso procederá dilucidar en el correspondiente pleito de orden civil u ordinario y no en este procedimiento contencioso-administrativo cuya materia no le compete.

3.º Que una vez sentado lo que antecede, el problema aquí debatido se centra únicamente, en que tratándose de unas obras realizadas sin obtener la correspondiente licencia, como así consta en las actuaciones, y las cuales venían a obstaculizar el paso del citado camino, que desde siempre era utilizado por el público del lugar y las que, por tanto, no eran legalizables, resulta procedente el acuerdo municipal que ordena su demolición por quien las ha realizado y en caso de su incumplimiento llevarlas a cabo por el Oyuntamiento y a su costa, y es preciso reconocer teniendo en cuenta tales circunstancias, que lo acordado por la Corporación unicipal se encuentra ajustado a la normativa aplicable en estos supuestos, por cuanto se comprueba que no se concedió licencia para esas obras como era necesario obtener, y que además con la instalación de la mencionada tubería se ha producido una perturbación en el libre uso público del citado camino que desde hace mucho tiempo se venía así utilizando, lo cual constituye sin duda alguna la infracción en aquel Acuerdo sancionada y que justifica la pertinencia de la medida adoptada en el mismo, sin que, por consiguiente, proceda la pretensión de la entidad recurrente de que quede sin efecto dicho acuerdo.

4.º Que por lo expuesto, procede la desestimación del presente recurso y la confirmación de la sentencia apelada; sin que existan motivos de lo actuado por ninguno de los litigantes, para que a tenor de los artículos 81 y 131 de la Ley Jurisdiccional proceda hacer una expresa condena de costas en ambas instancias.»

III. COMENTARIO

1. Planteamiento

El formidable privilegio posicional de las Administraciones Públicas respecto de la justicia (1), concretado en el término Autotutela o Autodefensa, tiene una de sus manifestaciones en el denominado Interdicto Administrativo, interdicto propio, Autorreivindicación administrativa (2) recogido en el artículo 404 de la Ley de Régimen Local (3) y 55 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (4) fundamentalmente (5).

Con independencia de la fundamentación genérica de esta posibilidad interesa destacar la funcionalidad a que específicamente responde. Su importancia radica en ser un potente freno a las constantes (6) apropiaciones por particulares de los bienes de una determinada colectividad (7). Fenómeno éste que ha podido calificarse como una nueva Desamortización (8).

(1) Por todos: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso I*, 1.ª ed., Madrid, 1974, páginas 315 y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Los recursos Administrativos*, Madrid, 1975, págs. 31 y ss.

(2) Además de los citados y de las obras de carácter general, singularmente: F. GARRIDO: *Tratado II*, 4.ª ed., Madrid, 1967, págs. 510 y ss.; en general: M. CLAVERO, *RAP*, 16, págs. 117 y ss.; J. L. GONZÁLEZ BERENGUER: *El Patrimonio de las Corporaciones Locales. Su recuperación y defensa*, Madrid, 1961; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *RAP*, 25; L. MORENO PÁEZ, *REVL*, 95, págs. 677 y ss.; N. RODRÍGUEZ MORO: *Los Bienes de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1969; LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, en su reciente *Selección de Comentarios sobre la jurisprudencia de conflictos*, Madrid, 1976, págs. 334 y ss.; «El Dictamen» de M. CONDE, A. D. G. C. E. I., 1975, págs. 274 y ss. y el de R. DE MIGUEL, *idem*, págs. 272 y ss.; V. MENDOZA: *El deslinde*, Madrid, 1968, págs. 249 y ss. También: E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos Estudios sobre usucapión en Derecho Administrativo*, Madrid, 1974, págs. 149 y ss., y el interesante planteamiento de J. BERNÉJO, *RAP*, 83, págs. 179 y ss.

(3) Ley de Régimen Local, artículo 404: «Las Entidades Locales podrán recobrar por sí mismas los bienes de su pertenencia que se hallaren indebidamente en posesión de particulares, durante plazo que no exceda de un año.»

(4) Reglamento de Bienes, artículo 55: «Las Corporaciones Locales podrán recobrar por sí la tenencia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo.

Cuando se tratase de bienes patrimoniales, el plazo para recobrarlos será de un año, a contar del día siguiente a la fecha en que se hubiera producido la usurpación, y transcurrido ese tiempo procederá la acción correspondiente ante los Tribunales ordinarios.

La recuperación en vía administrativa requerirá acuerdo previo de la Corporación, al que se acompañarán los documentos acreditativos de la posesión, salvo que se tratase de repeler usurpaciones recientes.

En lo que concierna a los montes públicos patrimoniales se estará a lo dispuesto en la legislación especial.»

(5) También artículo 344 R. O. F. y la relación de todos con el artículo 101 (2) (b), L. R. L. Aparte, respecto de la Administración del Estado, artículo 8 L. P. E. y supuestos específicos (por ejemplo, art. 407 Ley de Montes).

(6) Por lo menos, si no constantes, si numerosísimas. En cualquier caso, no creo exagerar lo más mínimo.

(7) La colectividad será estatal, provincial, municipal, regional, según los casos. Los bienes de distintas características, unos más codiciados que otros: recuérdese el tema de las playas, de las vías pecuarias, de los montes... En relación con los montes creo altamente significativo uno de los párrafos de la Exposición de Motivos de la vigente ley. Dice el legislador:

«Merece singular atención cuanto concierne a la firme defensa de la propiedad forestal pública, la que salvada esencialmente del alcance de las leyes desamortizadoras, en sus más importantes masas ha sufrido, sin embargo, al correr de los tiempos, fuertes ataques y segregaciones que realizaron *avisarados y logreros*, manejándose hábilmente en la complejidad y entresijo de disposiciones, preceptos y procedimientos a veces *interferentes y no siempre bien diferenciados* en las *jurisdicciones administrativa y judicial*.»

(8) «Todo lo que sea poner obstáculos a la recuperación de los bienes públicos—todo lo que sea, correlativamente, dar facilidad para que se consoliden las usurpaciones realizadas sobre bienes públicos—va en la misma línea que la corriente desamortizadora. La corriente desamortizadora que utilizó y potenció el concepto moderno de propiedad privada, se realizó en beneficio directo de una determinada clase. Los bienes de los pueblos constituyeron botín abundante para los beneficiarios de la desamortización, sin que pasaran de la impotencia las palabras de los representantes de los municipios que se oponían a la misma. Podría pensarse que la legislación que sostuvo y creó la *vieja* desamortización ha sido derogada. Pero repito que todo lo que sea poner trabas para la defensa y recuperación

Un privilegio, por tanto, de la Administración con la aludida funcionalidad, y que, claro está, deberá actualizarse, utilizarse, cuando los hechos lo exijan. El tema en este orden de ideas conecta con el obsesionante problema de la inactividad de la Administración Pública (9) y, por tanto, en este caso concreto, con la posibilidad de subrogarse el administrado en el ejercicio de las acciones que su administrador no se decide a asumir. Baste la constatación de esta conexión y resaltar como hito jurisprudencial la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1974 (10).

Por otro lado, debe constatare que la autorrecuperación podrá actualizarse directa e indirectamente. Así expresamente se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1967, acptándose un considerando de la apelada:

«Siendo indiscutible o indiscutido que los Ayuntamientos pueden ejercer la acción de defensa de la posesión pública de sus bienes, que le concede el artículo 404 de la L. R. L. y concordantes de los Reglamentos de Bienes y de Organización y Funcionamiento, *bien de manera directa*, recuperando por su propia autoridad la posesión perturbada, o *bien* de forma indirecta, *defendiéndola con la denegación de licencia de obras o suspensión de la concedida, cuando la ejecución de éstas pueda suponer o suponga inquietación o usurpación de aquélla*, el tema litigioso... se reduce a determinar... si en el acuerdo de suspensión... por entender que se invadía zona perteneciente a camino público concurrían perfectamente acreditados los supuestos de hecho que determinan y condicionan el lícito y legal ejercicio de la facultad recuperatoria indicada.»

Creo que la doctrina de la sentencia no puede ser más clara: puede denegarse o suspenderse una licencia de obras en los mismos términos que pueden recuperarse administrativamente los bienes públicos a los que dicha licencia se refiere. Y lo mismo cabría entender respecto de la denegación de la legalización de obras realizadas sin licencia.

El problema viene planteado por la conexión que resulta de la vía indirecta respecto de la licencia de urbanismo. Efectivamente, desde la perspectiva del tema de la licencia de urbanismo su denegación deberá hacerse con motivo y en base sólo a razones urbanísticas (11). Esto es evidente, pero evidente en tanto en cuanto que consideremos aisladamente el tema de este tipo de licencias. Ello resulta de la misma legislación urbanística (12) cuando respecto de los terrenos de dominio público exige

de los bienes municipales puede considerarse como constituyendo una *nueva* desamortización.» LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, cit., págs. 353-354.

Lo sugestivo del planteamiento me parece evidente: al igual que un contexto socio-económico dio lugar a la desamortización y a instituciones que todavía, en apariencia, son aquellas mismas que el siglo del progreso originó, otro contexto necesariamente tiene que incidir en las instituciones existentes, que en algunos casos, aunque nominativamente permanezcan, habrán cambiado en su funcionalidad de tal modo que haya que dudar si estamos ante aquellas mismas figuras (sirva de ejemplo lo que decía en el núm. 528 de esta Revista, págs. 1043 y ss.: un simple vistazo a la bibliografía que recogía advertirá sin dudas de que el fenómeno se está produciendo), y viceversa, puede advertirse que aun superadas determinadas fases históricas e incluso desaparecidas las respuestas institucionales de aquel momento *teóricamente*, en la *práctica* pueda seguir hablándose, por ejemplo, de desamortización.

(9) Así en el anterior número de esta Revista, en la introducción al comentario de la jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa en los supuestos de mal estado o mala señalización de las carreteras.

(10) Un análisis de la jurisprudencia hasta entonces, y estudio de la citada en F. SAINZ MORENO, REDA, 5.

(11) Artículo 178 (2) L. S.; artículo 3 R. de Planeamiento.

(12) Artículo 178 (1) L. S.; artículo 2 R. de Planeamiento.

dos licencias: la de obras (o mejor urbanística), contemplada y regulada en la Ley del Suelo, y la correspondiente (autorización o concesión), derivada de la condición demanial. La primera normalmente otorgada por el Ayuntamiento, la segunda por el ente titular del dominio público. Pueden o no coincidir en una misma persona Ayuntamiento y ente, pero caso de sí coincidir resulta evidente que, aunque en la práctica se fundan en uno los dos actos administrativos, conceptual y jurídicamente serán distintos; de aquí que si se pide licencia de obras (o la legalización correspondiente) y el Ayuntamiento advierte que se está pidiendo respecto de terreno público, el Ayuntamiento podrá contestar que, además de licencia de obras, es preciso que el mismo Ayuntamiento autorice la ocupación del dominio público, y esta autorización la podrá conceder o denegar con base en motivos distintos de los urbanísticos. Si otro fuera el titular del dominio público y denegase, el Ayuntamiento no podría conceder la licencia de obras ni el particular construir; siendo una misma persona titular del dominio y Ayuntamiento, la denegación es incuestionablemente posible, como digo, en base a motivos distintos de los urbanísticos. El problema, como se habrá advertido, radicará en determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho sobre el problemático terreno ¿dominio público según dice el Ayuntamiento? ¿Propiedad privada como aduce el particular? La misma cuestión que acabamos de hacer nos lleva a la solución afirmativa: cuando recupera la Administración sin acudir al interdicto judicial o a la acción reivindicativa. ¿No se plantea la misma cuestión? (13). Evidentemente parece lógico que si se puede expulsar a alguien de un suelo, evitándose cualquier tipo de presencia suya, se le puede también prohibir (denegar la licencia; la matización es sólo terminológica en este caso) que realice determinada obra. Y más lógico será denegar, que tener que otorgar y luego, e independientemente, recuperar: la compatibilidad de los procedimientos es clara. Fusión, por tanto, de los dos aspectos del tema y terminología (autorrecuperación indirecta la utilizada que refleja claramente el supuesto):

La cuestión que se puede suscitar con motivo de otorgar a un particular una licencia de obras por poder ser el terreno de referencia de dominio público, debe resolverse de igual modo que cuando esa misma cuestión aparece náufraga y huérfana, porque sola o acompañada sigue siendo la misma.

Creo que la jurisprudencia en este sentido sigue la línea de la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 1967, porque o bien hace referencia al tema de si es necesario acreditar la propiedad para poder obtener la licencia de obras (14), o bien descartan la posibilidad de denegar, entre otras posibles razones, precisamente por no darse algunos de los requisitos del interdicto propio (15).

En la materia (camino) que me ocupa pueden verse además de la citada Sentencia del año 1967, las de 10 de octubre de 1963, 4 de julio de 1970 y 3 de mayo de 1976.

(13) Por supuesto que luego, no ahora, la analizaremos.

(14) Piénsese que incluiría el tema, en general, los casos de propiedad particular entre particulares concretos. Por demás me estoy refiriendo a propiedad pública, y más concretamente al dominio público. Además no es lo mismo *acreditar* que el que pueda suscitarse la cuestión: si es o no es propiedad, hay posesión, se puede autorrecuperar..., veremos luego cómo debe responderse y que la carga corresponde al Ayuntamiento.

(15) Para algunas sentencias, J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la L. S.*, Madrid, 1976, págs. 923 y 945 y ss.

Respecto a la comentada no puede ser más claro que se trata de un supuesto de hecho típico de los de auterreconstrucción indirecta (ver considerandos del Tribunal Supremo). La única especialidad estará en que el Ayuntamiento es el que se adelanta a la petición de legalización de las obras ordenando la demolición por falta de licencia e informando que para poder realizarla de nuevo sería preciso que el Ayuntamiento lo autorizase previos los informes y condiciones que no interceptasen el libre uso del camino. Al recurrente luego se le repetirá que no procede la legalidad de dichas obras.

Una última precisión, quizá superflua: el tema se centra en la impugnación ante la jurisdicción contenciosa del acuerdo formal de recuperación, que es requisito para que la recuperación material no se convierta en vía de hecho y, consecuentemente, frenable con interdicto (16). Aparte, por tanto, la impugnación autónoma de los actos de ejecución material, aparte también de las posibles manifestaciones que el acuerdo en cuanto base para recuperar, puede presentar cuando se opera de manera indirecta (17).

2. *Organo municipal competente*

Partiendo del dato de la titularidad municipal sobre el camino en cuestión (18), la tesis de la Sentencia de 28 de junio de 1978 es corroborar competente a la Comisión Permanente del Ayuntamiento.

a) Porque *a priori* es competente el *Alcalde*.

b) Porque, aunque fuese competente el *Pleno*, el acuerdo estaría ratificado al resolver dicho Pleno sobre la personación del Ayuntamiento en el pleito.

c) Porque, añade el Tribunal Supremo, el artículo 123, núm. 12, del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones locales da base a la competencia de la misma comisión.

Este es el resumen de los argumentos manejados en el considerando 2.º de la apelada y considerando 1.º del Tribunal Supremo. Debe señalarse que las sentencias que se citan son repetidas incluso literalmente.

3. *El límite del año no juega respecto de los caminos, por cuanto son bienes de dominio público*

En el tercer considerando de la sentencia apelada así se dirá expresamente (...) y con ello se viene a confirmar una vez más la tesis que hoy es unánime.

(16) Por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Los recursos*, cit., págs. 41 y ss., y la bibliografía que allí se recoge. Es interesante también el planteamiento de V. MENDOZA, cit., págs. 268 y ss.

(17) No será lo mismo que simplemente se deniegue una licencia o la legalización de unas obras ya efectuadas, que el supuesto de que además, en el mismo o distinto acuerdo, se dé base para la actuación material.

(18) No entro en si cuándo y por qué los caminos una vez son competencia municipal y otras provincial; alguna referencia resultará de la jurisprudencia luego citada.

Lo que sí me interesa resaltar es que quien puede recuperar es quien es titular precisamente. Con ello aludo a dos temas: El ya visto de la viabilidad de la actualización indirecta del privilegio sólo cuando coinciden titularidad sobre el bien y competencia urbanística. Otro, resaltado por J. BERMEJO (! (cit., págs. 179 y s.): La dificultad de objetivizar, poner el acento en el objeto del dominio público en sí mismo considerado, en tanto que bienes demanialmente iguales o afines (tema de la afectación) basan su especial configuración jurídica en la relación sujeto-objeto.

Por último, no hace falta decir que los caminos no son carreteras, artículo 7 del R. de Carreteras de 8 de febrero de 1977.

Efectivamente, frente a la opinión de aplicar sin discriminación entre bienes Patrimoniales y Demaniales, las Ordenes de 8 de mayo de 1839 y, sobre todo, 10 de mayo de 1884, determinantes (19) del referido límite temporal (20), sostenida por la Doctrina (21) y Jurisprudencia (así: Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1923 y 5 de febrero de 1936); entre la de conflictos de 14 de diciembre de 1879, Real Decreto de 15 de diciembre de 1928 y 27 de enero de 1957 (22), hoy tanto doctrina (23) como jurisprudencia sostienen la posibilidad de recuperar administrativamente, aunque haya transcurrido un año desde la usurpación y perturbación.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia (contencioso-administrativa) podrían haber planteado dudas las Sentencias de 3 de julio de 1961 y 20 de abril de 1966, pero en la de 20 de marzo de 1969 ya se sostiene la ilimitación temporal sin ninguna oscuridad.

En su considerando primero el Supremo, después de sostener que los caminos son de dominio y uso público, sostiene:

«Que los Ayuntamientos pueden recuperar por sí mismos los bienes patrimoniales que están ocupados sin título por los particulares durante el plazo de un año y los demás—los de uso público municipal entre ellos—en cualquier tiempo a tenor de lo normado en el artículo 55 del Reglamento de Bienes, 404 de la Ley de Régimen Local, 344 del Reglamento de Organización y Funcionamiento»;

Y ello en base a lo sostenido en los dos primeros considerandos de la sentencia apelada aceptados por el Tribunal Supremo:

«Que es preciso comenzar afirmando que son distintas las facultades que la Administración tiene en orden a la defensa de sus bienes patrimoniales y a la tutela de su dominio público: pues mientras para los patrimoniales no cuenta, respecto a los particulares, de otro privilegio que el de la acción directa contra las iniquitaciones posesorias de sus bienes, limitada al campo de *ius possessionis*, para repeler usurpaciones que no tengan antigüedad superior a un año (art. 55, 2, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), lo que se traduce, en esencia, en una autotutela administrativa que hace innecesario acudir a la protección interdictal de Juez civil; para el dominio público, es titular de una potestad de autodefinición o de reintegración del dominio público perturbado o desconocido por los particulares, ejercitable *en cualquier tiempo* (art. 55, 1, del Reglamento citado) *dimanante, no ya del simple hecho de la posesión, sino de una titularidad dominical*, sobre bienes adscritos al uso o al servicio público que, por su propia naturaleza, consecuencia de la utilidad pública a la que sirven, justifica esta potestad administrativa.

(19) Aparte paralelismos dogmáticos sobre el campo del Derecho privado.

(20) Que según el Decreto de 2 de noviembre de 1905: «Transcurrido (la Administración) ostenta la cualidad de persona jurídica y debe hacer efectivos sus derechos ante los Tribunales.» Fórmula, por demás ésta, hoy superada: Personalidad se tiene, aunque se actúe con prerrogativa.

(21) Por ejemplo, la citada por CLAVERO, *loc. cit.* (Escriche, Alcubilla, etc.).

(22) La última resolución, por tanto, posterior a la vigente regulación del Régimen Local. Todos referidos a caminos.

(23) Basta la citada en la nota 2.

Que *con anterioridad* al Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y acudiendo a una *literal interpretación* de los artículos 404 de la Ley de Régimen Local y 344 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales pudo sostenerse que el plazo de un año, al que se condiciona el ejercicio de la potestad recuperatoria de los bienes locales, era aplicable tanto al dominio público como al dominio privado; pero esta *doctrina contraria a principios inmanentes a la naturaleza del dominio público*, y que se traducía en *negar prerrogativas que son de esencia a la actuación administrativa* para la debida gestión del interés público, *es hoy definitivamente rechazable*, pues el artículo 55 del Reglamento de Bienes cuida de distinguir los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales, para establecer en su apartado 1.º que las Corporaciones Locales podrán recobrar por sí la tennecia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo» (24).

Reitera esta posición el siguiente pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre recuperación de caminos. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1970.

Quizá la más completa entre todas sea la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1971, en la que el principal problema en la apelación era precisamente el del límite del año, respecto del camino, discutido (tesis de la sentencia apelada). Pues bien, según el considerando cuarto del Tribunal Supremo:

«admitiendo la tesis de la sentencia de primera instancia, si el particular estuviese en posesión real del terreno perteneciente al uso público, cualquiera que fuese su título, por más de un año sería indudable la competencia de la Jurisdicción ordinaria y sólo si fuese inferior a dicho año, sería entonces competencia de la Administración para recuperarlo: más esta conclusión presenta serios reparos cuando se trata de bienes de destino y uso público, porque entonces al no ser prescriptibles ni poder tampoco enajenarse o cambiar la titularidad dominical sin perder tal cualidad, que en realidad conservan aunque el particular subrepticionalmente los haya usurpado y dedicado durante más de un año a otros usos o servicios de conformidad con el artículo 188 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, Texto Refundido de 24 de junio de 1955, puesto que para la desafección de dicho destino público se precisa un acto de la Administración que así lo declare, resulta *no es posible impedir que ésta ejercite su recuperación en cualquier tiempo*, toda vez que todavía se hallan bajo su potestad y dentro de su competencia y cuando también *su uso no constituye posesión individual y jurídica* para cada uno de los usuarios en particular, por virtud de la utilización y destino público a que están predestinados y, por consiguiente, el Ayuntamiento podrá en cualquier tiempo impedir los abusos o usurpaciones sobre los mismos, así como acordar y ejercitar lo concerniente, dentro de sus atribuciones, para reintegrarlos al estado anterior a su alteración abusiva por un tercero; y además

(24) Resalto que lo que se sostiene en el primer considerando, y que después será reiterado, procede del Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1949. Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., págs. 149 y ss. También V. MENDOZA, cit., pág. 264.

existe *otro argumento* en favor de la recuperación administrativa de tales bienes sin limitación del plazo del año, partiendo para ello de *lo que se dispone en el artículo 460, apartado 3.º, del Código Civil*, donde se dice que se puede perder la posesión. Tercero: Por destrucción o pérdida total de la cosa o por quedar ésta fuera del comercio, con lo que se observa cómo la extracomercialización, digo comercialidad, de los bienes puede extinguir la posesión que sobre ellos se tiene y, *por tanto, tampoco se podrá adquirir la posesión con respecto a los mismos*, y dado el carácter que revisten de bienes fuera del comercio los que son objeto de este litigio, por su dedicación a una función pública, no pueden perderlo por un acto privado de posesión abusiva que por sí misma no hace desaparecer el referido carácter extracomercial de tales bienes, pues pugnaría con el antes indicado precepto legal, toda vez que para ello es necesario se produzca la cesación de su destino público por la no afección a estas funciones durante tiempo suficiente y en forma adecuada, para que dichos bienes vuelvan otra vez al comercio y mientras esto no ocurra, la posesión abusiva por sí sola será insuficiente para privar del aludida carácter público y consiguiente *res extra commercium* a los mismos, o sea, que no es la mera posesión abusiva, sino la desafección inmemorial cuando se admite, la que hará en definitiva cesar el carácter público y fuera del comercio de los bienes que antes lo poseían».

Por su parte, en el quinto añade:

«Que si bien *con anterioridad* a publicarse el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955 y acudiendo a una literal interpretación de los artículos 404 de la Ley de Régimen Local y 344 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Municipales de 17 de mayo de 1952, pudo sostenerse, aunque con poca consistencia, según antes se ha visto, que el plazo de un año al que se condiciona el ejercicio de la expresada potestad recuperatoria de los bienes locales era igualmente aplicable a todos los pertenecientes a tales Corporaciones, dado que *esta doctrina se opone a principios inmanentes que rigen la diversa naturaleza de esos bienes*, puesto que con ella se procedía a *negar prerrogativas que son de esencia a la peculiar actuación administrativa* para la debida gestión del interés público, toda vez que la propia naturaleza de estas prerrogativas justifica la posibilidad de su recuperación en vía administrativa cuando se trata de bienes de carácter público, sin necesidad de acudir al interdicto ni tampoco observar su requisito, como es el del referido plazo del año, para entablarlo y mucho más en materia tan importante como es ésta, en que *no es dable someter a un régimen uniforme a las diferentes clases de bienes que integran el patrimonio de dichas Corporaciones y el distinto rango de funciones que realizan* cada uno de ellos y que justifica un *trato jurídico diverso* en orden al problema de la mencionada recuperación, resulta aún menos aceptable tal tesis, por cuanto *el artículo 55 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales*, acogiendo los anteriores razonamientos, se ha cuidado de distinguir los bienes de dominio público y bienes

patrimoniales para establecer en su apartado 1.º que las Corporaciones Municipales podrán recobrar por sí la tenencia de los bienes de carácter público en cualquier tiempo y sin limitaciones de plazo y ya que contrariamente a como lo entiende la sentencia apelada, tampoco media contradicción y ni siquiera modificación alguna entre las citadas disposiciones legales, puesto que el mentado Reglamento *sólo hace ejecutar lo dispuesto en la Ley, concretando y aclarando sus preceptos* en el sentido de establecer una distinción según se trate de recuperar una u otra clase de bienes municipales en consonancia con su distinta naturaleza y finalidad, con lo que también queda eliminada toda cuestión, a que alude la sentencia que se impugna, sobre el rango legislativo y la eficacia de que gozan ambas disposiciones, ya que las mismas se complementan e integran adecuadamente; *y esta misma orientación es la que parece seguir la jurisprudencia más reciente*, porque aun cuando es cierto que no ha tratado de esta específica materia de forma directa y principal, sin embargo, sí lo ha hecho en algunas ocasiones al referirse de pasada, indirecta y secundariamente a la misma y así cuando hay una Sentencia de 3 de julio de 1961 en donde se dice: “supuestos que unidos a la circunstancia de que no había transcurrido un año desde el acto perturbador del uso público del camino, bastan para estimar conforme a Derecho Administrativo la decisión municipal impugnada y que se apoya en el artículo 404 de la Ley de la Administración Local” y otra en igual sentido de 20 de junio de 1966, existen en cuanto digo, en cambio, otras posteriores, como son la de 29 de marzo de 1969, en que afirma que, para los bienes de dominio público no hay plazo para recobrarlos, según establece el propio artículo 55 del Reglamento de Bienes Municipales antes citado y muy especialmente la de 27 de enero de 1970 en la cual se declara que, “la recuperación en vía administrativa de bienes de la pertenencia de las Corporaciones Locales, que vienen reguladas en los artículos 404 de la Ley de Régimen Local, 344 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Municipales y el artículo 55 del Reglamento de Bienes de estas entidades, supone una facultad excepcional de los Ayuntamientos, por cuanto ellos mismos unilateralmente, y sin necesidad de tener que acudir al amparo de los Tribunales de Justicia, pueden llevar a cabo el rescate de los que se hallaren indebidamente en poder de particulares más que potestad tan singular tenga su debido ejercicio y no se convierta en arbitrario actuar, como preciso es que concurren determinados requisitos y entre los cuales, a la vista de los preceptos antes reseñados, está el que se ejercite la facultad dentro del plazo de un año a contar del siguiente a la fecha en que se hubiera producido la usurpación, si se trata de bienes patrimoniales, y en cualquier tiempo, cuando sean de dominio público; lo que patentiza sin ninguna duda, cómo la doctrina sustentada por la jurisprudencia se inclina abiertamente con arreglo a los indicados preceptos legales, y a su vez, por virtud de la naturaleza y destino de los bienes a que ella se refiere, a esta última tesis porque desde luego es la más procedente y acertada en el supuesto aquí controvertido”.»

4. Otros requisitos para que proceda el interdicto propio

Según la Sentencia de 28 de junio de 1978, como veíamos, «para que esa pretensión recuperatoria de la posesión pueda prosperar al igual que se exige en los procesos interdictales de la Ley Procesal Civil (se exige) que por el Ayuntamiento se justifique el requisito de la efectiva *posesión pública*», y se citaban las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1965, 20 de mayo de 1969 y 4 de julio de 1970.

Pues bien, según la primera de las citadas, y que a su vez es copia literal de otra de 3 de junio de 1965, tácitamente reproducida en la también citada de 20 de marzo de 1969, y que a su vez reproducirá posteriormente en la de 13 de marzo de 1976: «Dada la naturaleza *privilegiada* y el carácter *estrictamente posesorio* de la facultad de recuperación administrativa que los citados preceptos (los mismos) conceden a las Corporaciones Locales, ya que, *en esencia, constituye una auténtica acción interdictal* actuada directamente por la propia autoridad, su ejercicio *lícito* viene subordinado a la real existencia de una prueba plena y acabada, primero de que los bienes sobre cuya posesión se ejercita estaban sometidos a la posesión administrativa (25), es decir, en el supuesto de un camino, que éste, independientemente de la verdadera naturaleza de su titularidad dominical, venía siendo públicamente usado por los vecinos como vía de paso común y general, y segundo que dicho uso público ha sido perturbado o usurpado por aquel contra quien se dirige la acción Municipal.»

En relación con la Sentencia citada en último lugar, de 4 de julio de 1970, debe resaltarse que en ella no se refiere el Supremo, al tratar el tema, a bienes demaniales, sino a bienes patrimoniales, y que el inciso de la carga de la prueba recogido proviene de la sentencia apelada.

Pues bien, ya visto el material en que se ha basado el Tribunal Supremo para fundamentar la sentencia comentada, lo que interesa subrayar ahora es la alusión a la *posesión* y no a la titularidad, lo que viene a fundamentarse en el paralelo de esta actuación administrativa con los interdictos propiamente dichos (26), pero que no deja de suscitar interrogantes respecto del dominio público.

Efectivamente, debe constatarse el paralelismo entre los dos supuestos recuperatorios en el doble sentido de que (desde el punto de vista temporal) en tanto pueda ejercitarse el interdicto propio ni por los particulares se podrá (27) frenar aquél ni por el Municipio podrá sustituirse aquél (el propio) mediante la utilización del «propiamente dicho» (28). En este sentido es bien expresiva, una vez más, la Sentencia de 5 de enero de 1971, que después de considerar el interdicto propio «una de las manifestaciones más singulares de la prerrogativa de la Administración» añade: «que

(25) Hasta aquí literalmente iguales las sentencias del Tribunal Supremo de 1969 a 1976.

(26) Sobre el tema volveremos luego.

(27) Artículo 403 L. R. L.

(28) Sobre este segundo sentido, que podría suscitar algún problema, sigo a CLAVERO, cit., página 119. Digo que podría suscitar algún problema, como lo plantearía si dijéramos (no lo digo) que respecto de los bienes patrimoniales *INSCRITOS* en el Registro de la Propiedad no cabría utilizar el artículo 41 L. H., sino sólo el interdicto propio dentro del año. Creo, no obstante, que respecto del dominio público la afirmación debe entenderse válida. Y que los problemas serán más bien prácticos: caso de que utilizada la vía interdictal propiamente dicha por la Administración, el administrado se subrogue en la vía del interdicto administrativo. Hipótesis la del supuesto realmente hipotético y casi de laboratorio.

En cualquier caso, el primer sentido tiene valor axiomático y (sin perjuicio de la vía de hecho) se recoge expresamente en la jurisprudencia. Como se dice a continuación en el texto.

es la causa de la doctrina por la cual no cabe interdicto de retener ni tampoco de recobrar frente a la Administración y que es en el Derecho Administrativo la institución paralela al interdicto de recobrar en el Derecho privado».

Ahora bien, el que el reseñado paralelismo se produzca y en los términos indicados, no debe llevar automáticamente a la constatación de un nuevo paralelismo entre los requisitos exigidos para la viabilidad de ambos supuestos (independientemente considerados), esto es: que el interdicto propio deba exigir la prueba de la posesión y sólo de la posesión, nunca de la titularidad.

El tema, creo, puede plantarse inicialmente teniendo en cuenta que si es posible recuperar el dominio público fuera del año, no habrá en tal supuesto ni posesión fáctica, ni posesión civilísima (estamos ya fuera del año). En tales supuestos ¿cómo probar una posesión que, al menos a primera vista, no existe? Es más, según vimos en el apartado anterior, el fundamento de la recuperación de los bienes demaniales no era el *ius possessionis*, sino el *ius possidendi*. Y ello, incluso cabría entenderlo respecto del período del año (aunque pudiera, dentro de dicho año, admitirse TAMBIÉN la prueba de posesión). Aún más, fuera del año, ello resultaría a primera vista más evidente, porque si para poder recuperar fuera del año es necesario que se trate de bienes de dominio público y para que un bien sea de dominio público se requiere titularidad más afectación, habrá, por tanto, que determinar dichas titularidad y afectación como primera medida (29).

¿Por qué se dice entonces que lo que debe probarse es la posesión cuando de caminos se trata?

Una primera interpretación del sentido jurisprudencial que compatibilizaría los argumentos expuestos con la expresión utilizada sería la siguiente: Partir de una conclusión, que sería decir que respecto del dominio público siempre existe posesión. El fundamento residiría en un primer paso, en que se constataría (NEGATIVAMENTE) cómo sobre los bienes demaniales no cabe posesión, ya que son *res extracomercium*, y operarían artículos como el 460, 3, y 437 del Código Civil. El segundo paso consistiría en advertir (POSITIVAMENTE) que todo el tema de la publicidad posesoria del demanio lo que está significando, en definitiva, no es otra cosa que una posesión administrativa derivada de la simple demanialidad: no hay, ni puede haber, posesión privada porque, *ex lege*, el dominio público se posee públicamente (30).

Pues bien, según lo anterior cabría entender que cuando la jurisprudencia dice que debe probarse la posesión, también está diciendo que puede probarse probando la titularidad. El tema ahora, no obstante, es si incluso puede probarse *sólo* la posesión respecto, claro está (para que haya problema), de posesiones de hace más de un año. En estos supuestos... creo que podría sostenerse que la jurisprudencia admite que no sea NECESARIO probar la titularidad (31). Probablemente hayan jugado dos datos en esta dirección, pero la interpretación, como veremos, la creo posible. Los datos a que me refiero son, en primer lugar, el tema de la competencia administrativa y contencioso-administrativa en materias civiles (la

(29) V. MENDOZA, *loc. cit.*

(30) No voy a entrar en este interesante tema. Ver F. GARRIDO, *cit.*, págs. 506 y ss.

(31) La doctrina alude constantemente a la titularidad: E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso*, *cit.*, páginas 346 y s.; V. MENDOZA, *cit.*, por ejemplo.

propiedad y las declaraciones relativas a la misma claramente lo son. La posesión, aunque suscite dudas (32), está reconocida en cuanto se admite el interdicto propio). En segundo lugar, la propia letra del artículo 55 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (33).

Pues bien, la jurisprudencia a tener en cuenta, y todavía no citada, es la que recojo a continuación (34).

En el último inciso del primer considerando de la Sentencia de 18 de junio de 1968 se establece que el ejercicio del interdicto propio presupone «la previa y suficiente existencia con la citada naturaleza jurídica (esto es, de “bienes de dominio y uso público”) de los caminos reivindicados y no una vaga suposición de que ciertas vías sirven para la comunicación de las poblaciones próximas» (esta sentencia será citada por la posterior de 27 de enero de 1970).

En la Sentencia de 27 de enero de 1970 se dice, «que para que potestad tan singular tenga su debido ejercicio y no se convierta en arbitrario actuar, preciso es que concurren determinados requisitos... 1.º Que se trate nio público o patrimoniales».

de bienes de la “pertenencia” de las Corporaciones Locales, sean de domi-

La Sentencia de 20 de mayo de 1974 basa su fallo (desestimatorio) en que «ni sobre la propiedad ni tampoco respecto a la posesión del camino por la Corporación Municipal, eixste la prueba plena y acabada que es siempre exigida por la constante jurisprudencia de esta Sala (y cita las Sentencias de 27 de enero de 1970 y otra, análoga, de 29 de noviembre de 1971) para respaldar la vía de recuperación administrativa que, como facultad excepcional y privilegiada es concedida a las Corporaciones Locales».

Esta sentencia es citada, a su vez (con las que en ella se citan), por la de 23 de octubre de 1974, en la que expresamente se habla de «pertenencia» (autorizan a las Corporaciones Locales para recobrar por sí mismas los bienes de «su pertenencia» ... si la vía de recuperación administrativa se encuentra respaldada por una prueba plena y acabada»... no dice sobre qué).

La Sentencia de 5 de noviembre de 1974, a su vez, cita a las dos últimas vistas, pero las interpreta refiriendo la tan repetida prueba plena y definitiva A la «titularidad municipal de los bienes»; basando, además, su fallo precisamente en que «no se encuentra suficientemente acreditada la titularidad municipal del indicado camino».

Por lo que hace a la Sentencia de 14 de octubre de 1975, al recibir el penúltimo considerando de la apelada, viene a suscitar la alternatividad entre titularidad y posesión: «el ejercicio de la potestad... está condicionado... a que conste de modo patente, claro, inequívoco, la “titularidad” demanial (y cita la Sentencia de 19 de noviembre de 1962, primera de las que vimos) o (i) como dijo la que es del 3 de junio de 1965 (antes vista), a la prueba completa y acabada de la *Posesión Administrativa* o a la base

(32) Sobre el tema, ver el interesante trabajo de A. NIETO, en el último número de la RAP (86), en relación con los montes.

Es, en síntesis, el recelo de entrar la jurisdicción administrativa en temas APARENTEMENTE civiles.

(33) Que, como nota el propio V. MENDOZA, a diferencia de la ley y el R. P. E., no alude a la titularidad, sino a la posesión, cit., págs. 263 y s.

(34) E. N. RODRÍGUEZ MORO, cit., puede completarse la anterior al 68. Arriba, en el texto, utilizo la recaída en materia de caminos más reciente. En las «viejas», por ejemplo, la de 19 de diciembre de 1962, exige claramente la prueba de titularidad, pero la de 18 de junio de 1964 exige acreditar la cualidad vecinal del camino.

indubitada de que el camino venía sometido a la «posesión pública» (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1965, 18 de enero de 1967). A su vez, en el considerando del Supremo, se recoge la misma idea citando todas las resoluciones producidas desde 1970 y refiriendo la prueba al «uso público municipal».

Por último, la *Sentencia de 13 de mayo de 1976* entra dentro de las que exigen la posesión al recibir el considerando de la apelada, que recoge la tesis de la Sentencia de 20 de marzo de 1969, y al aludir expresamente a la «posesión por el ente actuante» en un considerando propio: La recuperación administrativa de bienes, como una forma de AUTOTUTELA equivalente al interdicto, exige para su éxito la demostración de la «posesión por el ente actuante».

Pues bien, en base a lo anteriormente visto, y con independencia de que sea *viable o posible*, para poder autorrecuperar (tanto dentro como fuera del año), probar la *demanialidad*, esto es, la *titularidad* y la *afectación* (35) (posibilidad reconocida doctrinalmente), creo que ello no es necesario porque puede probarse sólo la *posesión*. Se trata de constatar la posibilidad de que respecto de los bienes de dominio público, clasificados como de uso público, ese uso público es suficiente para poder fundamentar el interdicto propio, y ello aunque haya pasado un año (36). Sería la «apariciencia» del dominio público la que fundamentaría el interdicto, y la «apariciencia» cuando el camino sea o hubiese sido de uso público. Tal dato bastará para constatar que estamos ante un bien de dominio público y no ante un bien patrimonial. Insisto: independientemente de que exista o no realmente ese dominio público (titularidad más afectación), lo cierto es que no estamos ante la reivindicación de un bien patrimonial. Mientras que, por ejemplo, un monte no catalogado puede ser, o no ser, de dominio público, el uso público de un camino necesariamente está haciendo referencia al dominio público; lo importante es saber si ese uso es público. Así creo que puede entenderse la *letra del artículo 55 del Reglamento de Bienes* que distingue claramente entre Patrimonio y Demanio (año), pero que no distingue cuando se trata de precisar qué es lo que hay que probar (posesión) para poder recuperar. Y así también creo que puede entenderse la *jurisprudencia analizada* y representada por las Sentencias del Tribunal Supremo, *sobre todo, de 14 de octubre de 1975 y 13 de mayo del mismo año*, a las que hay que añadir la muy significativa *de 29 de marzo de 1969*, que ahora traigo a colación. En ella se admite el interdicto propio porque el camino «parece» responder a un uso público desde tiempo inmemorial, con lo que la preexistencia de ese uso público es de naturaleza elemental «y aunque no figure numéricamente relacionado en ningún inventario municipal, ni se halle de antemano catalogado, puesto que aun sin estos requisitos formalistas, el uso público al que sirven les concede título posesorio municipal, que es en definitiva lo que se halla acreditado».

La misma sentencia objeto del comentario subraya estas ideas al reiterar continuamente el objeto de la prueba: «efectiva posesión pública» (considerando 3.º de la sentencia apelada), «uso y posesión pública» (4.º), «uso público desde antiguo continuado y libre» (2.º del T. S.), «desde siem-

(35) Posibilidad sobre la que volveremos en el apartado (8), dado que el único impedimento vendría dado por la competencia jurisdiccional. Recuérdese toda la argumentación inicial referida a la matización del término posesión utilizado.

(36) Y lógicamente menos de veinticinco años (art. 8. último párrafo, del R. de B. B.), lo cual podrá oponerse por parte del particular «usurpador».

pre era utilizado por el público del lugar» (3.º), «libre uso público del citado camino desde hace mucho tiempo se venía así utilizando» (3.º).

Queda patentizado, por tanto, el paralelismo entre la autorrecuperación y el interdicto propiamente dicho, en tanto que *dentro del año SEGURO* que pueden los caminos no sólo autorreivindicarse (prueba de la demanialidad), sino también ejercerse el interdicto administrativo (prueba del uso público, en sí mismo considerado) respecto de los mismos. Fuera del año **PROBABLEMENTE** también podría utilizarse el interdicto propio, aunque no hubiera podido utilizarse (análogamente) por un particular el propiamente dicho.

5. *El concepto de camino (público)*

Una serie de sentencias abordan este tema, que en el comentario sólo puede tocarse de modo tangencial, para insistir en la importancia de la conexión entre camino público y privado.

En primer lugar, la idea de una delimitación en cuanto a la anchura del camino se encuentra, por ejemplo, en las *Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1968* y *4 de julio de 1970*. En esta última, el Supremo, al aceptar el último considerando de la apelada, establece: «que las dos franjas o paralelas en cuestión, no constituyen trozos delimitados o asimilables a camino por donde haya de desarrollarse un paso más o menos forzoso del vecindario, sino porciones sin identificar dentro de un amplio terreno... “No hay camino”».

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1968*, ofrece un concepto restringido al decir que: «se refiere siempre a los caminos de circulación regular y autorizada, sobre pasos propios del tránsito regulado por el Municipio, sin que al hablar de espacios abiertos puedan entenderse como tales las zonas que bien accidentalmente o bien por ser de propiedad privada, aun cuando no estén valladas, permitan un tránsito material, pues es a las zonas de uso y dominio público a las que procede referir todo el contenido de la regulación normativa en la materia».

En un sentido más amplio, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1961* dice: «Es de tener en cuenta que para que un camino rural sea de dominio público—o más concretamente en este caso, un bien municipal de dominio público—no es necesario que tal vía tenga, por su origen y condiciones de sostenimiento, las características de una obra pública, a la que hayan de aplicar la especial legislación sobre carreteras o caminos vecinales; pues tanto el Código Civil, en su artículo 339 (debe ser 344), como la Ley de Administración Local, en su artículo 184, como el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, en sus artículos 2 y 3, indican que basta que dichas vías sean de uso público y su conservación y policía de la competencia municipal.»

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1960* conceptúa y caracteriza a los caminos rurales como: «de carácter rudimentario, que se ajustan a la configuración del terreno y carecen de firme, originados por el tránsito espontáneo y reiterado de los vecinos y para comunicar pequeños núcleos urbanos o simplemente zonas de cultivo dentro de un término municipal, no pudiendo ser excluidas de la protección que les aseguran los artículos 360 y 404 de la Ley de Régimen Local y 55 del Reglamento de Bienes».

En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 y 5 de julio de 1961, 10 de diciembre de 1963 (37), 20 de mayo de 1966 (38), sentencias, éstas, que citan a sus precedentes.

En la misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo 5 de enero de 1971 establece que: «Para el carácter público de un camino rural no es necesario que tenga por su origen y condiciones las características propias asignadas a las carreteras y caminos vecinales en general, sino que conforme indican los artículos 339, 1, y 344 del Código Civil, 184 de la Ley de Régimen Local y 2 y 3 del Reglamento de Bienes, basta con que dichas vías sean de uso público y su conservación y policía de la competencia municipal.» Luego la misma sentencia, y refiriéndose como precedente a las del 60 y 61, conceptuará los caminos rurales de la forma ya vista.

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1969 y 27 de enero de 1970 habrán establecido un equivalente análogo entre camino y bien de dominio público.

Una matización a toda la jurisprudencia anterior se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1975. En el primer considerando aceptado de la sentencia apelada se establece: «Que respecto de los llamados caminos rurales a los que se refieren los artículos 107, b), y 124, d), de la Ley de Régimen Local para insertarles, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1960, en el marco de la competencia municipal, es reiterada la doctrina jurisprudencial (cita, por vía de ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1961, 10 de diciembre de 1963, 30 de octubre de 1965, 25 de mayo de 1966 y 29 de marzo de 1969) que reconoce a la Administración Municipal la potestad de autorrecuperación... mas es equivocado colegir que este régimen se refiere a todos los "caminos", y de aquí, en un razonar indiferenciado, atraer al campo de lo administrativo la defensa del uso que se realice por unos particulares para llegar, a través de caminos en sus predios, impidiendo perturbaciones de aquel uso; es que *distintos de los "caminos rurales", sometidos al régimen público, existen los caminos privados, como expresión de una servidumbre en suelo ajeno o como tolerancia del dueño por el que aquél discurre, o como situación fáctica ajena a la idea de lo público...* sólo como bien a la idea de lo público... sólo, como bien se comprende, sobre el dominio público podrá ejercerse aquella potestad al modo de una autoprotección interdictal o de una autorreivindicación demanial que cuando se trata de caminos que unen núcleos urbanos o vías de circulación, insertándose en la red viaria local; podrá decirse, en tanto no se declare lo contrario jurisdiccionalmente, que aquéllos caen bajo la protección que acabamos de decir; pero tratándose de caminos para comunicarse con unas parcelas de cultivo, aunque es cierto que es admisible que existan "caminos rurales" (esto es, públicos) con esta finalidad, según se recoge en la de 28 de abril de 1960, aquella conclusión puede quebrar, pues pueden tener la naturaleza de caminos privados (y aun constituir

(37) En esta sentencia la protección se realiza, de manera indirecta, denegando la autorización para el cierre del camino. Y, además, el supuesto en cuestión supone la transformación de una «servidumbre de paso de carácter privado» en camino público: «*cualquiera que fuese el momento*, desde luego remoto, en que se iniciara la utilización de la vía de acceso al mar, tanto para personas como para carros, afectante a la finca del actor, es lo cierto que en la actualidad aquella sirve de camino rural».

(38) Añade la idea de la funcionalidad del interdicto: «que no quedara el camino a merced del usuario que del mismo pretende apropiarse con perjuicio de los demás».

una servidumbre de paso) protegibles ante la Jurisdicción civil, sin que, indebidamente, se perturbe el uso privado, y no bastará para colegir la naturaleza pública... para probar la existencia de un «camino».

Varios son los temas que suscita la Jurisprudencia contencioso-administrativa recogida. Aparte del tema de las competencias (Diputación, Ayuntamiento) y la clasificación de los caminos (vecinales, rurales), en primer lugar, el que se analiza en el apartado 7.º, relativo al deslinde, en cuanto posible requisito de la autorrecuperación en supuestos de dudosa delimitación, y, sobre todo, en segundo lugar, la importancia del «uso público para determinar la naturaleza del camino». La matizada jurisprudencia establece que además de *camino*, es necesario que exista un *uso público* del referido camino. Se está insistiendo en que con independencia de la efectiva demanialidad (resultante de la titularidad pública más la afectación) lo que es importante constatar es el *uso público*, independiente de otras afectaciones (formal, etc.) e incluso de la efectiva afectación por vía del uso continuado.

Respaldo, por tanto, de lo que se dijo en el apartado anterior y matización, además, respecto de la manera de detectar el uso público: claro, cuando el camino conecta vías de comunicación o núcleos de población, o, caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1963, un bien de dominio y uso público como es la ribera del mar.

La *sentencia que se comenta* supone una implícita confirmación de lo que se ha dicho: recuérdese que el camino «arranca de un muelle» y su «uso público» resulta acreditado.

6. La Carga y los Medios de prueba

«Es el Ayuntamiento el que al recuperar asume la carga de justificar la posesión», dice la Sentencia de 28 de junio de 1978 y cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1970. El principio del que se parte es general en toda la jurisprudencia, siendo también de tener en cuenta las otras citadas de 1965 y 1969 que siguen, como ya dijimos, a la de 3 de junio de 1965.

Punto de partida, el visto, complementado, luego, con el último inciso del considerando tercero de la sentencia apelada, en base a otros dos principios: valorar la prueba en base a lo que también aporte quien no tiene la carga de probar (no creo que sea necesario insistir en este punto) y el que la prueba debe valorarse también en función del tiempo transcurrido desde el desalojo. En relación con esto último, aparte remitirse al 55 del Reglamento de Bienes, conviene registrar lo que se dice en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1969*: lo dispuesto en el 55 del Reglamento de Bienes «cabe entenderlo ampliamente referido a los bienes de dominio público, para los que no hay plazo para recobrar, según establece la propia normativa municipal».

Respecto de los medios de prueba baste esquematizar las ideas que resultan de la jurisprudencia utilizada, conectando con la última sentencia citada.

Indiferencia de datos formales: «Lo determinante es probar el uso público al ser utilizado por el común de los vecinos... siendo indiferente que (el camino) se halle o no incluido en el inventario de bienes y figure o no su trazado en el mapa del Instituto Geográfico y Catastral» (Sentencias del

Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1966, 28 de abril de 1960, 5 de julio de 1961, 10 de diciembre de 1963 y Sentencia de 3 de julio de 1963).

Independencia de lo que se «prevea» (simplemente) en los planes de urbanismo (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1969, 23 de octubre de 1974, 5 de noviembre de 1974) (39).

Variedad de medios: Reconocimiento judicial y dictamen pericial en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1968; testifical, reconocimiento y acta notarial con prueba adjunta fotográfica en la de 27 de enero de 1970; prácticamente todos en la de 5 de enero de 1971, etc., siendo de subrayar la importancia que se da a los *informes* de la Guardia Civil.

Respecto de *la sentencia que comentamos* basta subrayar la consideración de la inscripción registral como un simple medio de prueba. Sobre ello luego volveremos.

7. *El deslinde previo ¿es requisito?*

Al problema me refería en el número 522 de esta *Revista*. Entonces la sentencia comentada se refería a las costas, donde por el derecho positivo vigente y la misma naturaleza del objeto, la respuesta resultaba afirmativa.

Tratándose de caminos el tema suscita dudas. Partamos de que *la sentencia comentada* se refiere sólo indirectamente al requisito, al exigir la «plena identificación del terreno a recuperar» y citar sentencias del Tribunal Supremo que exigieran el deslinde para la validez de la recuperación. Así, entre las citadas, en la de 27 de enero de 1970 se dice que «la ausencia del previo deslinde con los documentos acreditativos de la posesión son requisitos imprescindibles para que la acción privilegiada del interdicto propio pueda prosperar». Porque, como diría el Tribunal Supremo en *Sentencia de 18 de enero de 1967*, sólo así se da «ocasión al particular afectado para defender su derecho si lo considera perjudicado en la jurisdicción competente». Entre las no citadas puede verse la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1960 y el Decreto de competencia de 8 de mayo de 1969*.

Basta ya subrayar que la exigencia de un deslinde **FORMAL** (40) sólo viene recogida *obiter dicta* en la sentencia comentada, que sólo tendría sentido (algún sentido) cuando se suscite un problema de delimitación y que, como es lógico, la supuesta exigencia dependerá del modo de ejercitarse el interdicto. Me explico: si se trata de derribar, por ejemplo, un muro paralelo al eje del camino y que, se supone que, lo invade en parte, podrá plantearse el tema; pero es superfluo plantearlo cuando de levantar una tubería que «atraviesa el camino»; aquí es intrascendente el que el camino sea más o menos ancho.

Por último, y para todo caso, doctrinalmente la exigencia del deslinde como requisito ha suscitado una rotunda contestación (41).

(39) El tema adquiere singular importancia si lo relacionamos con lo que decíamos respecto del posible problema de la utilización indirecta (vía denegación de licencias): el motivo en estos supuestos podría estar en el plan.

(40) Sobre el tema del deslinde en sentido formal y el deslinde impropio, ver V. MENDOZA, *loc. cit.*

(41) En LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *loc. cit.*, págs. 342 y ss., se hace una exhaustiva crítica al tema.

8. *El problema de la jurisdicción competente*

Una de las obsesiones del Estado liberal de Derecho ha venido siendo sustraer de la competencia de la Administración el tema de la propiedad y la libertad, para atribuirlo, en exclusiva, a los Jueces (LEC, 51; LPJ, 1.º).

Cuando se plantea una recuperación administrativa, lo que la anterior proposición implica adquiere singular relevancia. Si la Administración no puede resolver problemas relativos a la propiedad, la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto REVISORA, tampoco (2, a, LJCA), aunque ello sin perjuicio de que tal jurisdicción sí pueda declarar la invalidez del acto administrativo por haber actuado fuera de su competencia (este principio es desde los orígenes constantemente resaltado. Entre las sentencias analizadas para este comentario ver, por lo expresiva, la de 18 de abril de 1964).

Pues bien, partiendo de lo anterior, se advierte que cuando se trata de recuperar la posesión, las sentencias que enjuician dicha actuación estén claramente obsesionadas por dejar bien claro que en modo alguno están tocando temas de propiedad, y por utilizar criterios posesorios para el enjuiciamiento. Antes lo vimos (42).

Sirvan algunos ejemplos: «tal acuerdo, como recaído sobre el *ius possessionis*, no resuelve ni prejuzga cuestión alguna de propiedad, que podrá ser planteada por el recurrente si cree tener derecho a ella, ante los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, que son los únicos competentes para definir y proteger la propiedad de los bienes» (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1965); «no se trata ahora ni puede tratarse de revisar una supuesta pretensión Municipal de definir unilateralmente derechos dominicales... por ser ello ajeno al interdicto propio» (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1968); «sin perjuicio del derecho que en su caso pueda corresponder al Ayuntamiento recurrido de acudir a los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, únicos competentes para definir y proteger la propiedad y el *ius possidendi* de los bienes» (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1969); «pero conviene insistir que en el asunto no hay porqué discutir y menos justificar derechos de propiedad» (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1970); «corresponde a la Jurisdicción ordinaria las cuestiones civiles que atañen a la propiedad»; «con independencia de dejar a salvo el derecho dominical o posesorio (i) que sobre el mismo pueda ostentarse, lo cual es materia ajena a la que constituye el objeto de este recurso jurisdiccional que, por tanto, nada prejuzga» (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1971); «absteniéndose esta Sala de pronunciamiento alguno en relación con la existencia de dominio público sobre el camino en cuestión, preciso es convenir que el Ayuntamiento carece de facultades para hacer una declaración de dominio sobre el camino» (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1974); «con lo que, sin embargo, no se juzga lo que como propio de la jurisdicción civil—en orden al dominio o a la existencia de servidumbre privada—podrá debatirse si a ella acude quien se estime lesionado» (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1975); «sin que ello obste al ejercicio ante los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria Civil de las acciones que puedan asistirle en defensa, conservación y rescate de los bienes que estime de su propiedad y en efectividad del

(42) Apartado 4.

derecho que pretende sobre el terreno para cuyo cerramiento denegó la licencia correspondiente». «Que tampoco puede estimarse como motivo de la inadmisibilidad el de la incompetencia de esta jurisdicción porque, aun siendo posible hacer declaración sobre cuestiones civiles cuando su carácter prejudicial lo exija y con el carácter limitado que exige el 4.º de la LJCA, ni siquiera ello es preciso en el caso, puesto que basta con la falta de prueba bastante acerca de la posesión o uso público para decidir, sin perjuicio en todo caso de un ulterior planteamiento de la cuestión dominical ante la Jurisdicción Civil» (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1976).

La Sentencia de 28 de junio de 1978, como vimos, sigue esta línea. En el tercer considerando de la sentencia apelada se dice: «procedimiento (el del interdicto propio) que, a semejanza (una semejanza más) de los interdictos de la L. E. C., suponen únicamente la recuperación de la posesión despojada, sin decidir nada acerca del derecho de propiedad o de otros pretendidos derechos sobre los bienes». Y cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1971, antes vista.

Por su parte, el Tribunal Supremo dedica el segundo considerando al tema (...) estableciendo que dado «el contenido de las decisiones municipales» (...) y «en vista de lo cual, aquí no se discute la propiedad ni tampoco la posesión del camino», consecuentemente el Ayuntamiento obra dentro de un campo de atribuciones, «y sin que con ello se decida sobre la propiedad o posesión...».

Según, por tanto, la sentencia, ni siquiera se discute la posesión; recordemos, no obstante, cómo se intercala el tema del uso público para que de todos modos no quepa duda.

La construcción observada no deja de ser inadecuada. Sería más lógico fundamentar la decisión como cuestión prejudicial (4.º LJC-A), porque, dígase lo que se diga expresamente, en los acuerdos de los Ayuntamientos, cuando se recupera *se afecta a la posesión* y para poder recuperar, como veíamos, *había que acreditar por lo menos la posesión*, y la posesión no deja de suscitar dudas sobre si es o no cuestión civil (43). Si además recordamos que la naturaleza del dominio público implica la posibilidad de acreditar la titularidad para poder recuperar (con independencia de la posesión prevista en el Código Civil), más claramente debiera acudir al expreso reconocimiento de la cuestión prejudicial. Es más, como vimos decía de las sentencias, ello debe entenderse así para, en su caso, poder justificar un planteamiento completo.

Siendo, por tanto, las declaraciones de la JC-A de tal carácter, plantearán evidentes problemas en su ejecución, cuando en la vía civil el pronunciamiento sea el contrario (44). De aquí la necesidad, más que conveniencia, de una unidad de Jurisdicción para la Administración (45).

(43) En las Leyes de Aguas y Montes, por ejemplo.

(44) Ver J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la LJCA*, Madrid, 1968, págs. 243 y ss.

(45) F. GARCÍA TREVIJANO, *RAP*, 34; L. MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 49; F. GARRIDO, *RAP*, ss.; R. PARADA: *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963, pág. 123. J. BERMEJO, cit., por su parte, en su trabajo (centrado en el tema de la jurisdicción y el dominio público) llega a sostener los efectos de cosa juzgada en materias de «aparente» carácter civil.

Debe añadirse que el tema se suscita en términos generales y no sólo en materia de derechos reales, así, por ejemplo, en materia de responsabilidad extracontractual (comentario de jurisprudencia contencioso-administrativa en el núm. anterior de esta Revista).

9. *El Registro de la Propiedad*

Si algo llama la atención de la Sentencia de 28 de junio de 1978, es, desde una perspectiva iusprivativa, el arrinconamiento que se hace de los efectos de la inscripción de la finca atravesada por el problemático camino. A pesar de estar la finca inscrita y sin que en la inscripción conste carga o limitación alguna, el interdicto administrativo se admite teniendo por buena la recuperación de la posesión.

Destaquemos que no estamos en un Juicio Plenario, sino en el ámbito provisorio, provisional, respecto del cual la misma doctrina administrativa admite la prevalencia del Registro de la Propiedad (46).

La sentencia comentada, por de pronto, opera centrando el tema como si lo fuese de prueba exclusivamente (considerando 4.º de la apelada, no pronunciándose el Tribunal Supremo por sí mismo en ningún momento sobre la cuestión).

Relacionese esto con lo que acabamos de ver: la apelada admite que toca el tema posesorio, el Supremo expresamente dice que ni siquiera. Ello recuerda la *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1971* en la que expresamente se dice: «no procede ocuparse en esta jurisdicción de los efectos hipotecarios que su (la de la finca) inscripción registral otorgue a favor del propietario (de la finca) por ser ajena a la misma» y por «que en modo alguno sus decisiones prejuzgan ni afectan para nada a las cuestiones de índole civil» (considerando 2.º del Supremo). Cabe decir: ¿No son efectos hipotecarios los derivados del 38 L. H.? ¿No lo son los del artículo 41 L. H.? ¿Acaso no prejuzga y afecta a la cuestión civil el que se ordene demoler lo construido por decir precisamente que se ha hecho sobre propiedad no privada? Creo que, por muy nominalista que se sea, a las cosas debe llamárselas por su nombre, aunque ello obligue a buscar nuevos argumentos o reconocer alguna incongruencia. Porque ¿qué hubiera pasado si la sociedad propietaria utiliza el 41 L. H. contra el Ayuntamiento y se suscita un conflicto de jurisdicciones?

Por otra parte, e insistiendo en otro aspecto de la argumentación utilizada, se viene a sostener que el Registro no opera en base a dos temas: los 205 y 206 de la L. H. y el de los datos de (supuesto) mero hecho. No voy a insistir en estos temas desde la perspectiva hipotecaria, baste la remisión subrayando una vez más que estamos en el ámbito provisorio... provisional... de la legitimación.

Sí insistiré en el hecho de que se utilice como base de la afirmación una sentencia (47) que se refiere a un río. Cabe decir: el que exista un río, significa por definición que él y su cauce son de dominio público (48). Pero, en el que exista un *camino* no quiere decir que haya necesariamente tal dominio; recordemos la posibilidad de que sea privado del propietario o implique una servidumbre (49).

(46) Por ejemplo: FORNESA, *RAP*, 46, pág. 139; V. MENDOZA, cit., pág. 271; en contra: J. LEGUINA, *REDA*, 2.º, pág. 195.

(47) Por demás, de gran interés incluso histórico (el título originario es un privilegio otorgado a Jaca por Jaime I en 1272).

(48) Tampoco voy a insistir aquí: todos los ríos y desde su nacimiento son de dominio público...

(49) En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1964 declara incompetente al Ayuntamiento para recuperar, dado que la finca en el Registro constaba libre de cargas y la actuación del ente local se interpreta como impositora de una servidumbre. Pueden verse también alusiones al tema en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1968 y la citada de 1976.

Lo dicho, creo, que ya indica la única salida a utilizar (pero que no se ha utilizado expresa y claramente en la sentencia que comentamos): referencia al *uso público*. No hace falta que saque conclusión alguna, porque ya está implícita: tráigase a colación el tema de los supuestos de contraposición fáctica y tabular, relaciónese con las emanaciones de posesión que surgen del dominio público en los términos que antes vimos al hablar del *uso público* y resáltese la *apariencia* que supone el *uso público*.

J. G. S.