

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

CAPACIDAD DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES PARA SER TITULARES DE PERMISOS DE INVESTIGACION MINERA (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1974).

I. ANTECEDENTES

1. El 16 de abril de 1964, la Diputación Provincial de Barcelona solicitó de la Jefatura del Distrito Minero permiso de investigación para mineral de plomo.

2. El 31 de diciembre de 1965, la Jefatura del Distrito Minero, previos los trámites preceptivos, desestimó las alegaciones de los que habían comparecido oponiéndose a la petición y ordenó que continuara el procedimiento por entender que la Corporación tenía capacidad para solicitar permisos de investigación.

3. Interpuesto recurso de alzada contra la resolución de la Jefatura del Distrito Minero, el 18 de junio de 1968 dicta acuerdo la Dirección General de Minas por el que se revoca la resolución impugnada, «no deduciéndose de las disposiciones especiales por que se rigen estas Corporaciones de Derecho público que tengan atribuida competencia para ser titulares privados de permisos de investigación minera, procede, en aplicación del artículo 9 de la Ley de Minas y artículo 168, apartado 2, de su Reglamento, ordenar la cancelación del expediente».

4. Contra la resolución de la Dirección General de Minas interpuso recurso contencioso-administrativo la Diputación Provincial de Barcelona.

II. LA SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1974

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de noviembre de 1974 (de que fue ponente Rafael Mendizábal Allende), estima el recurso contencioso-administrativo.

En sus considerandos primero a tercero sienta la siguiente doctrina:

«Que los conceptos de capacidad jurídica y de competencia aparecen mezclados en las normas reguladoras de nuestra Administración Local, ambigüedad provocada por la inadecuación del principio de 'especialidad' de las personas jurídicas al ámbito de los entes públicos territoriales, con una universalidad de fines, hasta el extremo de que el artículo 242 de la Ley de Régimen Local utiliza para determinar la *competencia provincial* una fórmula de *cláusula general*, ya que bajo tal calificación se comprenden 'el fomento y administración de los intereses peculiares de las provincias', configuración no desvirtuada (en el art. 243) mediante la relación de 'servi-

cios' comprendidos 'de manera especial' en aquella cláusula, cuya evidente heterogeneidad no es reductible a un criterio inequívoco, desde el momento en que falta la concreción constitutiva del concepto de competencia, radicalmente ajeno a la indeterminación y, en consecuencia, la lista tiene un significado meramente descriptivo y orientador, nunca exhaustivo o limitativo, como pone de manifiesto el propio talante expresivo de las normas analizadas, si además se observa que la palabra 'fomento' presenta en ellas su sentido tradicional, amplio, difuso y teleológico, sinónimo de cualquier tipo de actividad administrativa enderezada al progreso y bienestar sociales, sin connotación alguna respecto de la categoría jurídica homónima acuñada posteriormente, funcional e instrumental, en una trilogía, donde se integran, además, la policía y el servicio público.

»Que en este orden de reflexiones conviene destacar que el sistema de cláusula general en la configuración de la competencia provincial reconduce el problema al ámbito de la capacidad jurídica de las provincias, calificada constitucionalmente como 'plena para el cumplimiento de sus fines peculiares' (art. 46 de la Ley Orgánica del Estado), y, en definitiva, a la capacidad de obrar de las Diputaciones Provinciales, que según el artículo 6 de la Ley de Régimen Local podrán *adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes* sin limitación alguna respecto de la propiedad minera, tanto en esta expresión genérica como en cualquier otra específica, si además se tiene en cuenta—por una parte—que la derogada Ley de Minas de 1944, aplicable a este caso en virtud de la fecha de solicitud del permiso, partía de una concepción abierta y positiva, al establecer como criterio general que la investigación podría hacerse por particulares o entidades y, en consecuencia, que las Corporaciones de Derecho público podrían también obtener los permisos correspondientes, aun cuando cautelarmente dejara a salvo la eventualidad de una norma contraria en las leyes especiales de cada una de aquéllas (art. 9).

»Que, por otra parte, la naturaleza intrínseca del permiso de investigación minera ofrece también una perspectiva convergente, ya que se trata de un acto administrativo unilateral, necesitado para su perfeccionamiento de la aceptación posterior del destinatario, con una estructura contractual y un contenido sinalagmático, donde se inserten derechos y deberes recíprocos (según ha establecido para un supuesto análogo este Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de marzo de 1972), que inviste al titular de una facultad excluyente y exclusiva al ejercicio de la actividad autorizada, impuesta además como obligación, con la posibilidad de consolidarse en concesión, auténtico derecho real, eficaz frente a cualquiera, registrable, hipotecable y transmisible, sobre un bien de dominio público (el conjunto de pertenencias mineras), por lo cual—en definitiva—si no existe limitación alguna en el aspecto subjetivo, como quedó expuesto en el párrafo anterior, tampoco en el objetivo encuentra ningún impedimento la solicitud de la Diputación Provincial de Barcelona con el propósito de obtener un permiso de esa clase para mineral de plomo, ya que—finalmente—el problema de la capacidad de adquirir tal derecho real es ajeno en este momento a la forma de la actuación o al modo de explotación, que habrá de efectuarse dentro del marco normativo del Reglamento de Servicios y siempre bajo la dirección administrativa del Ministerio de la Gobernación, según prevé el artículo 7 de la Ley de Régimen Local.»

III. COMENTARIO

En esta sentencia de 8 de noviembre de 1974, el Tribunal Supremo sienta una correcta doctrina sobre los temas generales de la capacidad y competencia de las entidades públicas territoriales (delimitando conceptos fre-

cuentemente confundidos), la configuración de la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas y, concretamente, sobre la capacidad de una Diputación Provincial para ser titular de una concesión minera.

1. *La competencia de las entidades locales*

El problema de la competencia de las entidades públicas ha girado en torno al llamado principio de especialidad, inspirado en el principio francés. A tenor del mismo, las entidades locales no tienen competencia más que para los fines expresamente asignados por la ley. La concepción contraria supone la atribución de una competencia ilimitada para todos los fines de interés público, siempre que no infrinja el Ordenamiento vigente (1).

Aun cuando para un sector de la doctrina el principio informa también el Derecho español, se reconoce que es prácticamente inexistente para la generalidad de los fines asignados. Así, GARCÍA TREVIJANO afirma: «Están sometidos al principio de especialidad, común a todo ente jurídico. Las personas jurídicas viven sola y exclusivamente para el desarrollo de fines predeterminados, principio que en los entes territoriales es casi inexistente por la pluralidad de fines que tienen y que, en cambio, adquiere todo su valor e importancia respecto de los demás que se sujetan a un régimen estatutario» (2).

La sentencia que comentamos, en su primer considerando, con acierto subraya la «inadecuación del principio de especialidad de las personas jurídicas al ámbito de los entes públicos territoriales con una universalidad de fines».

2. *La concesión como derecho real administrativo*

Desde el célebre comentario de HAURIU al *arrêt* del Consejo de Estado de 25 de mayo de 1906 no ha cesado la problemática sobre la admisión de la figura del derecho real en el ámbito jurídico-administrativo.

En las páginas de esta Revista resumí los argumentos de una y otra posición (3). Los argumentos de los contradictores son harto conocidos. Como también los de los defensores. La polémica ha girado en torno a dos ideas centrales: la incompatibilidad de la figura del derecho real con una de las características esenciales del régimen de dominio público—la inalienabilidad—, y que en la facultad reconocida a los particulares sobre el dominio público quiebra una de las características esenciales de los derechos reales—su eficacia *erga omnes*.

a) Los bienes de dominio público están fuera del tráfico jurídico. Son inalienables, imprescriptibles y no susceptibles de gravamen. Las dependencias del dominio público deben en todas las circunstancias permanecer libres en manos de la Administración, porque su destino—el interés público—no puede ser contrariado. Durante muchos años estas ideas han servido de base para negar la posibilidad de constituir derechos reales sobre dominio público. Porque el derecho real es incompatible con aquel régimen especial (4). De ahí que se configurara el derecho del concesionario sobre los bienes de dominio público como una especie de derecho de crédito, análogo al de arrendamiento regulado por el Código civil, y susceptible de ser ejercitado frente a la Administración Pública, por estar obligada

(1) Un resumen general del problema en JORDANA DE POZAS, «Municipalización de servicios. Competencia municipal», en *Estudios de Administración local y general*, Madrid, 1961, I, págs. 755-757.

(2) *Tratado de Derecho administrativo*, II, pág. 343.

(3) *Los derechos reales administrativos*, 1957, págs. 151-155.

(4) En este sentido, por ejemplo, DUCROQ, *Cours de Droit administratif*, 7.ª ed., IV, págs. 316 y 336; RECY, *Traité du domaine public*, I, núms. 466 y ss.; AUCOC, *Conferences sur le droit administratif*, 2.ª ed., III, núms. 1.310 y ss.; AUBY et RAU, *Traité de Droit civil*, 5.ª ed., III, pág. 46.

a respetar el *status* del concesionario. Y así se ha afirmado no sólo por administrativistas, como ODA (5), sino por civilistas, como COLIN y CAPITANT (6).

La corriente contraria ha esgrimido argumentos irreprochables. Es cierto—afirma—que los bienes de dominio público están sustraídos al comercio jurídico, pero—entiéndase bien—al comercio jurídico privado. Someterlos al comercio jurídico privado implicaría un atentado a la naturaleza del dominio público. Tienen razón en esto los contradictores de la figura del derecho real administrativo. Pero existe al lado del comercio jurídico privado, un comercio jurídico público, que en modo alguno resulta incompatible con la esencia de los bienes de esta naturaleza. Todo el régimen jurídico especial de los bienes de dominio público está en función de su afectación a un fin público. Pero la afectación de un objeto a un fin público no excluye que sea incompatible con otros fines de la misma naturaleza (7). No es posible constituir derechos reales privados sobre bienes de dominio público; pero ninguna razón impide la constitución de unos derechos reales—los administrativos—sometidos a un régimen especial y que respeten la afectación del dominio público.

En nuestra jurisprudencia reciente existe una interesante sentencia (de la que fue ponente Álvarez Gendín), la de 27 de febrero de 1956, en que se afirma que «cuando, según los artículos 44 de la Ley de Puertos de 1880 y 41 del Decreto-ley de 19 de enero de 1928, se otorgan autorizaciones para construir en los puertos, sea con destino al servicio peculiar o público, muebles, embarcaciones, astilleros, diques flotantes, varaderos y demás obras análogas, lo son siempre con el carácter de complementarias o auxiliares de las que existan para el servicio de un puerto, sin que suponga nunca enajenación de dominio público o conversión de éste en dominio privado, por ser inalienable el dominio público en tanto estén destinados al uso general, y si dejase de estarlo pasan a la propiedad del Estado (artículo 341 del Código civil), por lo que la autorización... tiene carácter de concesión administrativa de dominio público».

Esta distinción entre comercio jurídico privado y comercio jurídico público es fundamental para comprender e interpretar la contradictoria doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado sobre la posibilidad de servidumbres sobre el dominio público, como consecuencia del contrato de la Compañía Telefónica Nacional de España, bien estudiada en un logrado trabajo sobre el tema publicado en los *Estudios en honor del maestro García Oviedo* (8). Cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo proclama la posibilidad de servidumbres sobre el dominio público, está pensando en las servidumbres de derecho privado, está pensando en que las servidumbres que se reconocen a favor de la Compañía Telefónica sobre el dominio público son de igual naturaleza que las que se crean sobre la propiedad privada (9). Por eso es rechazable. Porque el dominio público—como reconoce el Consejo de Estado en sus dictámenes—sólo es susceptible de tráfico jurídico público, sólo son posibles derechos basados en títulos administrativos, como es la concesión (10).

(5) *Principes de Droit administratif du Japon*, París, 1928, pág. 341. «La concesión—dice FLEINER—no origina un derecho real sobre la cosa.» Cfr. *Instituciones de Derecho administrativo* (trad. de A. GENDÍN), Ed. Labor, 1933, pág. 306.

(6) *Cours élémentaire de Droit civil*, 11.ª ed., París, 1947, I, págs. 766 y ss.

(7) En este sentido, HAURIU, *La Jurisprudence administrative*, III, págs. 271 y ss., y la mayoría de la doctrina posterior que defiende la figura, así como aquellos que no se plantean el problema del derecho real administrativo, como BIELSA, en *Derecho administrativo*, 5.ª ed., Buenos Aires, 1956, III, páginas 403-407.

(8) MARTÍNEZ USEROS, «Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público», *Estudios dedicados al maestro García Oviedo*, Sevilla, 1954, I, págs. 137 y ss.

(9) Cfr. las sentencias de 20 de enero y 30 de abril de 1945, 25 de febrero y 23 de abril de 1946, 4 de diciembre de 1947 y 3 de marzo de 1948 (citadas por M. USEROS), donde se aplican los preceptos del Código civil relativos a servidumbres legales.

(10) En dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 1968 (aceptado en la Orden ministerial de 29 del mismo mes y año) se afirmó que «las pretendidas servidumbres de que habla el contrato

b) Los contradictores de la figura lo han hecho desde otra perspectiva. Aun admitiendo que los bienes de dominio público sean susceptibles de derechos a favor de los particulares, han negado que estos derechos puedan ser configurados como auténticos derechos reales. Porque si es característica esencial de los derechos reales su eficacia *erga omnes*, esta característica esencial quiebra en los llamados «derechos reales administrativos». Los derechos reales administrativos, los derechos del concesionario sobre los bienes de dominio público, son ejercitables frente a todos menos frente a la Administración Pública concedente. Porque los concesionarios del dominio público no tienen sobre la dependencia concedida más que un *derecho de posesión precario y revocable* (11). Pero a estas ideas se ha opuesto:

a') En primer lugar, la nueva dirección observada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual—como ya afirmaba HAURIU—el concesionario del dominio público es titular de un derecho ejercitable frente a todos, incluso frente a la Administración concedente, *salvo en la línea de precariedad*; pero esta línea de precariedad, muy estrecha, deja al derecho real toda una esfera de utilidades (12).

b') Pero se ha llegado a más. Se ha llegado a afirmar que no es posible invocar la precariedad para rechazar el carácter real, puesto que el derecho de propiedad mismo no es menos frágil frente al interés público (13). Y hasta a negar la precariedad misma. No es exacto—se ha dicho—que el derecho real administrativo sea «precario», ni aun respecto del Estado concedente. Las razones que algunos juristas, como HAURIU, invocan para sostener tal precariedad, consisten en la naturaleza temporal revocable o rescatable. «Pues aun para dichos juristas, en tanto el derecho de uso no haya sido legalmente extinguido, su titular puede oponerlo incluso a la Administración concedente. Si se desconociere la posibilidad de que el concesionario promueva acciones posesorias contra el concedente, el derecho de aquél quedaría prácticamente sin sentido, ya que resultaría privado de uno de sus efectos principales.» «No es exacto que el derecho real administrativo sea diferente del derecho real civil, en que aquél sea precario y en que éste no lo sea. Lo que tiene de particular el derecho real administrativo, que lo distingue del civil, es que aquél hállese disciplinado por un régimen jurídico especial: un régimen de dominio público, esencialmente de derecho administrativo, de características distintas al de derecho privado. Los principios del derecho administrativo regulan todo lo relacionado con el derecho real administrativo» (14).

Esto supuesto, podemos llegar a la conclusión de que es posible encontrar derechos reales administrativos, derechos sobre bienes de dominio público, que en ningún caso suponen la adquisición del mismo, sino simplemente su explotación con fines concretos, mientras la Administración no lo precise (sentencia de 17 de junio de 1950), como así ha sido configu-

con la Compañía Telefónica Nacional de España sólo son efectivas servidumbres cuando recaen sobre predios de dominio privado y revisten plenamente la naturaleza de concesiones administrativas de dominio público cuando recaen sobre éste» (cit. por M. USEROS).

Esta correcta doctrina es la que se recoge en el Decreto de 10 de octubre de 1952, que «recoge el viejo e inconcuso principio de la inercialidad justivativista de los bienes de dominio público; es decir, la inaptitud para ser objeto de actos y negocios jurídicos de Derecho privado». M. USEROS, *Imprudencia de servidumbres*, cit., p. 137.

(11) Una referencia a esta doctrina, con arreglo a la primitiva doctrina del Conseil d'Etat, puede encontrarse en cualquiera de las obras generales de Derecho administrativo francés, así como la rectificación de la jurisprudencia anterior. Cfr., por ejemplo, WALINE, *Manuel élémentaire de Droit administratif*, 4.^a ed., París, 1946, págs. 453 y ss., y JANSSE, *Statut du domaine public et domaine privé*, «Juris-classeur-Administratif», fasc. 405, págs. 21 y ss.

(12) HAURIU, *La jurisprudence administrative*, cit., III, pág. 280.

(13) DIEUDÉ, *Etude juridique des servitudes administratives* (tesis), Montpellier, 1942, págs. 67 y ss.

(14) MARIENHOFF, *Dominio público (protección jurídica del usuario)*, Buenos Aires, 1955, páginas 130 y ss.

rado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (15) y buena parte de nuestra doctrina (16).

La sentencia que comentamos no duda en considerar que la concesión administrativa «invierte al titular de una facultad excluyente y exclusiva al ejercicio de la actividad autorizada, impuesta además como obligación, con la posibilidad de consolidarse en concesión, auténtico derecho real, eficaz frente a cualquiera, registrable, hipotecable y transmisible sobre un bien de dominio público».

3. *La capacidad para ser titular de permisos de investigación y de concesión minera*

La doctrina de la sentencia es irreproachable: no ofrece duda que una entidad pública territorial—y, concretamente, una Diputación Provincial—puede ser titular de permisos de investigación y concesiones mineras.

El Ordenamiento jurídico es claro y terminante. Pero si no lo fuera, si cupiera la duda interpretativa, esta duda únicamente podría resolverse a favor de la capacidad. Pues en aplicación de un elemental principio hermenéutico, las normas que supongan una restricción en el ejercicio de la capacidad jurídica de las entidades locales no pueden ser interpretadas extensivamente, porque la regla general es la capacidad, y la incapacidad es la excepción (17).

J. G. P.

(15) Cfr. VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», Seix, Barcelona, 1952, IV, pág. 702 y sentencias que allí se citan.

(16) Y en la doctrina hispanoamericana, como H. G. LOZANO, *Concesiones administrativas* (tesis), Bogotá, 1951, págs. 71 y ss., donde dice que «el derecho del concesionario sobre los bienes objeto de la concesión no es un derecho de propiedad».

Nuestra jurisprudencia ha empleado expresiones diversas, como la de cesión de usufructo (sentencias de 9 de diciembre de 1925 y 8 de julio de 1931), cesión de dominio útil con reserva de dominio eminente (sentencia de 6 de diciembre de 1911).

(17) Así, MARQUES CARBO, *El Derecho local español*, Barcelona, 1957, págs. 46 y ss.