

Revisión estructural del dominio público local

Juan A. Cámpora Gamarra
Secretario de Administración Local
Ex-Secretario del Ayuntamiento de Sevilla

Sumario: I. UNA LICITACIÓN MACABRA. II. LA REGULACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO EN EL DERECHO POSITIVO LOCAL. III. LAS INCONSECUENCIAS DERIVADAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO EXPUESTO. 1. La relación de propiedad. 2. La materialidad de los bienes de dominio público. 3. La afectación al uso y al dominio público. IV. EL PORQUÉ DE LA DOMINIALIDAD. V. LOS BIENES VINCULADOS AL GIRO O TRÁFICO DE LA ADMINISTRACIÓN. VI. LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA VINCULACIÓN AL GIRO O TRÁFICO. VII. LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES OBJETALES. VIII. EN CONCRETO, EL PROBLEMA DE LA CONTRAPRESTACIÓN.

I. UNA LICITACIÓN MACABRA

Guardar un muerto en casa, metido en la nevera, resulta, sin duda displacido o, cuando menos, poco placentero. Y sin embargo, nuestro legislador, inmisericorde, nos obliga a dar a nuestros muertos tan gélido e impío destino y a nuestras neveras tan macabro empleo. Léase cuanto dispone el artículo 78.2 del Reglamento de Bienes:

«Las concesiones se otorgan previa licitación, con arreglo a los artículos siguientes y a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales».

También según dicho Reglamento:

- Las sepulturas son bienes de dominio público (art. 4).
- Los bienes de dominio público son inalienables (art. 5).
- El uso privativo de los bienes de dominio público está sujeto a concesión administrativa (art. 78).
- Las concesiones son siempre temporales (art. 79).

Si este edificio dogmático se corona con la techumbre de cuanto dispone el art. 78.2, la consecuencia es inevitable: las sepulturas, en cuanto aprovechamiento privativo de los bienes de dominio público, deben adquirirse a través de

licitación pública, lo que obligará, cuando el óbito se produzca, a ingresar el cadáver en la nevera doméstica a la espera de conseguir, en una próxima licitación pública, una sepultura en la que depositarlo. Claro es que las personas previsoras, antes de que se produzca el óbito propio o ajeno, conscientes de cuanto dispone el ordenamiento jurídico, habrán ya acudido a las licitaciones convocadas por los ayuntamientos, para la obtención del derecho a la ocupación de una sepultura, a sabiendas de que inexorablemente será éste un bien de obligada utilización. Tan sólo a los no previsores les cogerá el toro legislativo y tendrán que utilizar sus neveras como depósito de la macabra corpulencia propia o de sus deudos y allegados.

Posiblemente, la *ratio legislatoris* no sea otra que introducir la previsión entre las sanas costumbres de la ciudadanía. Más si la razón no fuera ésta, señal inequívoca es de que el precepto encierra escondido algún anfibológico contenido, que nos esté poniendo en guardia respecto a la dogmática del dominio público, tal como se concibe y conceptualiza en la legislación de Régimen Local.

II. LA REGULACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO EN EL DERECHO POSITIVO LOCAL

De los textos que regulan el dominio público local, Ley 7/85, Real Decreto Legislativo 781/86 y Reglamento de Bienes, aprobado por Real Decreto 1372/86, de 13 de junio, (LDRL, LRL y RB), cabe obtener, sintetizando y cohesionando sus preceptos, las características que lo configuren. Tales son:

- El dominio público local es siempre una cosa material. El patrimonio de los entes locales se constituye por bienes, derechos y acciones. Los bienes pueden ser patrimoniales o de dominio público (art. 79 LBRL y art. 1 RB) de donde se desprende que una cosa son los bienes, en cuanto cosas materiales y otras los derechos, de carácter inmaterial. El dominio público local se constituye únicamente por bienes, es decir, cosas materiales.
- Son bienes del dominio público local los afectos a un uso o dominio público (art. 69.3 LBRL y art. 2.2 RB). Sin afección al uso o al servicio público, no hay dominio público local.
- Se considera:
 - A. Bienes afectos a un uso: caminos, plazas, calles, paseos, parques, agua de fuentes y estanques, fuentes y demás obras públicas de

aprovechamiento o utilización general (art. 3 RB). Además: carreteras, aguas, canales y puertos (art. 64 LRL).

- B. Bienes afectos a servicio público: los destinados a fines públicos, servicios públicos o servicios administrativos (art. 4 RB), tales como: casas consistoriales, palacios provinciales y, en general, edificios sedes de los entes locales, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, museos (art. 4 RB y 74.2 LRL). Además: elementos de transportes, piscinas y campos de deportes (art. 4 RB). Además: montes catalogados de propiedad provincial (art. 74.2 LRL). Además: montes catalogados, en general (art. 4 RB). Y se supone que otros similares, pues la relación es ejemplificativa, entre los que cabe incluir los bolígrafos en cuanto elementos de servicios administrativos.
- Para que un bien esté afecto al dominio público, es preciso que sea de la propiedad del ente público, y su ingreso en éste, en cuanto demanial, se produce:
 - Expresamente: declarando formalmente que el bien, que ya es de la propiedad del cedente, está afecto o al uso o al servicio público (art. 81 LBRL y 8 RB).
 - Tácitamente: por actos de adquisición, que implícitamente suponga que ésta se realiza para afectar el bien al uso o servicio público: expropiación de bienes calificados en los planes, usucapión (arts. 3 y 8 RB)
 - Presuntamente los patrimoniales afectos, durante 25 años, a un uso o servicio público (art. 8.4.b RB y art. 81.2.b LBRL)
- La desafectación sólo cabe se produzca formalmente (art. 8.3 RB, en relación con el 123 LPE). Si bien la desafectación supone el ingreso de los bienes en el patrimonio de la entidad local, el art. 8.3 del RB, siguiendo la tónica iniciada por el art. 123 LPE, disponía que dicha incorporación tan sólo se produce cuando se efectúa la recepción formal. Otro tanto disponen los arts. 4 y 18 de la Ley de Costas. De esta forma se evita que, a través de una mera desafectación fáctica, se produzca la prescripción. Se evitan sorpresas desagradables.
- El dominio público local se sustancializa con las siguientes notas: inalienabilidad e imprescriptibilidad.

- La posibilidad de que se utilicen potestades administrativas para la protección y defensa del dominio público, tales como el interdicto propio, no caracteriza el dominio público, por cuanto también cabe utilizar dichas potestades en favor de los bienes patrimoniales. La utilización de potestades es algo que caracteriza a la Administración pública y no a los bienes. Las potestades se ejercen por un sujeto, al que el ordenamiento se lo permite (art. 80 LBRL y 75 RB, art. 82 LBRL y 44 RB). Tampoco lo caracteriza el que se impida el ejercicio de potestades judiciales: inembargabilidad.
- Los bienes de servicio público y los de uso público que sirvan de soporte a un servicio público se rigen por el Reglamento de Servicios. Se rigen por el Reglamento de Bienes tan sólo los de uso público, sin más y aquellos de uso público que sirvan de soporte a una actividad privada. Todo uso que no sea común o general requiere licencia o concesión. Licencia, en el supuesto de usos especiales y concesión en el de usos privativos o anormales. La concesión se otorga por medio de licitación y las licencias por licitación o por sorteo, cuando tengan carácter limitado (arts. 74 y siguientes RB). De aquí lo del baúl de los cadáveres.
- Se residencian en sede contencioso-administrativa todos los litigios que afecten a la posesión del dominio público y a los negocios jurídicos, que instrumenten su utilización (art. 5.3 y 9.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas). Cuanto afecta al dominio se residencia ante la jurisdicción civil.
- También se consideran bienes de dominio público los bienes comunales, si bien sujetos a un régimen de utilización propia (art. 79.3 y 80.1 de la LBRL y 5 RB).
- Igualmente se otorga naturaleza de dominio público a los montes catalogados provinciales, e incluso a cualquier monte catalogado, según el RB. No obstante, se remite su regulación a la legislación específica (art. 84 RD 781/86). Con los montes vecinales en mano común no se sabe qué hacer, y quedan descolgados de cualquier clasificación, sometidos a su legislación específica (art. 83 LBRL).

III. LAS INCONSECUENCIAS DERIVADAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO EXPUESTO

1. La relación de propiedad

Mucho se discutió en su día sobre las ventajas e inconvenientes de considerar a los bienes de dominio público como una relación de propiedad. Después

de que HAURIUO impusiera la exigencia de la relación de propiedad, ya las bocas han enmudecido y las plumas no resbalan sobre el papel, con discusiones, que, hoy, se consideran inútiles. Y, sin embargo, algunas cuestiones asoman que hacen reverdecer la posible incoherencia que implica la aceptación de la relación de propiedad del dominio público con la administración; tales son: la usucapión por terceros y las afectaciones de bienes de privados.

- *Usucapión*: La usucapión es, como se ha visto, una modalidad de adquisición de bienes, con tácito marchamo de dominio público. Mas, como es sabido, para que se produzca la usucapión es necesario el *animus domini*. Y si difícil resulta predicar tal *animus* cuando quien ocupa es un ente administrativo, más difícil lo es cuando la ocupación se produce por actos de privados, como la continua utilización de un camino, si es que ello no es acto de mera tolerancia o servidumbre de paso, inadquirible por usucapión.

En tales casos, quien tendría el *animus domini* son las personas que actúasen y no los agentes, autoridades o servidores de la Administración, como sucedería con la ocupación de un inmueble para oficinas.

Cierto es que podría acudirse al concepto de la posesión civilísima para explicar tal usucapión, si no fuera porque no existe norma alguna que lo contemple; o al de posesión *alieno domine* del art. 431 del Cc, lo que se ha denominado: «servidor de la posesión», con lo que las personas ocupantes harían de instrumentos de ejercicio de la posesión. Lo que no deja de ofrecer cierta sofisticación, ya que los ciudadanos, cabe presumir, no son criados de la Administración.

- *La afectación de bienes de privados*: El hecho de que haya bienes afectos a actividades prestacionales esenciales, que no son propiedad de la Administración, está apuntando la innecesariedad de la titularidad, a los efectos más relevantes. Cuestión ésta, la más importante, que será tratada en su momento.

2. La materialidad de los bienes de dominio público

El art. 333 CC considera bienes todas las cosas que puedan ser objeto de apropiación, por lo que, de acuerdo con esto, los bienes pueden ser materiales e inmateriales. Incluso el art. 334 aclara que son bienes inmuebles las concesiones administrativas, las servidumbres y demás derechos reales. Código civil en mano, pues, no habría inconveniente para considerar a los *iura in re aliena* como bienes de dominio público. Sin embargo, según la LBRL y la RB, éstos

quedan excluidos de la «dominialidad»¹. En estos textos se distingue claramente entre bienes y derechos, no integrándose en el dominio sino los bienes, quedando, por tanto excluidos los derechos.

Aún menos posibilidad de integrarse en el dominio tienen los derechos personales.

De acuerdo con esto, resulta que si la dominialidad se configura para proteger a los bienes, haciéndolos inseparables del fin a que se adscriben quedan por completo desprotegidos las servidumbres administrativas y los derechos de arrendamiento. Así: el juez que imparte justicia en un local alquilado, por sí mismo tendrá que declarar el desahucio, si la Administración no paga la renta y, llegado el caso, ejecutarlo, levantándose de su silla y marchándose a la calle, a impartir justicia, que ésta sí que es de dominio público. De lo que sí que no se le podrá privar es de su bolígrafo, protegido por las notas de la dominialidad.

3. La afectación al uso y al dominio público

Tal como antes se vio, para que un bien local tenga carácter dominial tiene que estar afecto única y exclusivamente a un uso o a un servicio público.

La primera cuestión con que aquí tropezamos está en la diferencia entre el uso y el servicio público. A primera vista, la diferencia parece fácil: el uso es la utilización generalizada de la cosa, en tanto la afectación a un servicio público supone que la cosa sólo pueda utilizarse por quienes accedan al servicio.

Pero, más tarde, resulta que el uso puede no ser general para todo el mundo, sino privativo de alguien. El edificio que se hace en un suelo de uso público, en cuanto se destine a un servicio público, convierte la afectación al uso público en afectación al servicio público, tal como previene el precepto reglamentario, antes dicho.

Si el suelo afecto al uso público se edifica para consentir actividades privadas, ello, sin embargo, no hace cesar la afectación al uso público, ya que, como dispone el art. 17 del Reglamento de Servicios, prima la regiduría del Reglamento de Bienes.

Así resulta que los bienes que, en principio, eran de uso público, por utilizarse generalizadamente, pueden trocarse en bienes de servicio público, regidos por el Reglamento de Servicios, en tanto que los bienes sobre los que se

¹ El término «demanio» es un italianismo galantesco. Preferible es utilizar el español «dominio», con alcance de antonomasia, valga la sinécdoque.

efectúen prestaciones privadas, pese a excluirse del uso generalizado, continúan considerándose de uso público, regidos por el Reglamento de Bienes. De acuerdo con ello, ni el edificio podrá cederse para actividades prestacionales particulares, sin previa desafectación o, si ésta no es posible, por impedirlo la naturaleza del suelo, lo cedible será el «uso público» del edificio.

Lo que aún es más grave es que ni siquiera sabemos qué sea un servicio público, concepto nebuloso, donde los haya.

Si se restringe el concepto a las actividades prestacionales monopolísticas realizadas por la Administración, con o sin interposición de privado, todos los bienes afectos a prestaciones no monopolísticas, que son la mayoría, tendrían que considerarse de uso público, ya que excluida la posibilidad de que sean de servicio público, no queda otra alternativa: *tertium non datur*.

Si se considera servicio público cualquier actividad prestacional de la Administración, sobra la ejemplificación anteriormente dicha, ya que no cabe entender por qué una piscina es bien de servicio público y un hotel, no. Por otra parte, tampoco cabría distinguir entre las actividades de privados, realizadas sobre un bien de uso público, de carácter particular y las que tuvieren carácter de servicio público. Con lo que nos quedamos sin saber cuándo prevalece el servicio público sobre el uso público, o éste sobre aquél; es decir, cuándo es de aplicación el Reglamento de Servicios o cuándo el Reglamento de Bienes.

3.1. No son todos los que están

Rotundamente, los arts. 79.3 y 74 LRL y 2 del RB deciden que son bienes de dominio público, únicamente, los afectos al uso o al servicio público. Y, sin embargo, las propias disposiciones más tarde se desdican de tan rotunda afirmación. En efecto:

- *Bienes afectos al fomento de la riqueza*. Esta categoría está contemplada en el art. 339 CC para ciertos bienes del dominio público estatal. No se contemplan en el CC para bienes locales, pues el CC tan sólo admitía que éstos pudieran ser de dominio público, si estaban afectos al uso público. La legislación de régimen local amplió las posibilidades de dominializar los bienes locales, al incluir los afectos al servicio público, aprovechando para considerar tales los montes catalogados provinciales e incluso los municipales, estos últimos por obra y gracia del RB, que así vulnera la Ley de Montes, que los considera patrimoniales.

Mas, como cabe apreciar, resulta inconsecuente considerar a los montes afectos al uso o al servicio público, pues, simplemente, no lo están ni a lo uno ni a lo otro. De aquí que su regulación se remita por la legislación de régimen local a la legislación de montes, la cual establece previsiones que en nada se compadecen con las establecidas para los efectivamente afectos al uso o servicio público.

Tampoco los bienes comunales, considerados de dominio público, están afectos al uso o servicio público. Si se les quiere considerar afectos a algo, más correcto sería incluirlos en la categoría de «bienes afectos al fomento de la riqueza social».

- *Bienes inerciales.* Cabe dar esta denominación a aquellos bienes de dominio público que han dejado de estar afectos, efectivamente al uso o al servicio público pero que continúan siendo inercialmente bienes de dominio público, en tanto en cuanto no concurre el hisopo funcional que los exorcice de la dominialidad, declarándolos integrados en el patrimonio, tal como antes se vio.

Si bien tales bienes, para conjurar su posible prescriptibilidad, siguen siendo de dominio público, ya no lo son por estar afectos a un uso o a un servicio público, que han desaparecido en la realidad. De aquí la dificultad para conocer qué regulación les es aplicable cuando los mismos hubieren de utilizarse por privados: si el RB o el RS; en especial cuando sobre los mismos se realicen prestaciones que no se consideren de titularidad pública, en tanto la desafectación formal no se produzca.

- *Bienes derivados.* Son derivados, por cuanto su naturaleza deriva de la atribuida a la superficie. La referencia es obvia: el suelo y el subsuelo.

Por lo que afecta al suelo, como ya se ha visto, éste puede provocar el cambio de afectación de la superficie, haciendo que lo que tuviere carácter de uso público se trueque en afectación al servicio público y que los edificios destinados a prestaciones, por ser éstas particulares, si bien no se sepa cuando lo son, se conviertan en bienes afectos al uso público, al estar edificados sobre bienes así calificados.

En cuanto al subsuelo, el mismo es el gran desconocido para el legislador.

Mejor dicho, cuando el legislador ha considerado el subsuelo ha sido para darle el mismo tratamiento que a la superficie: *usque ad inferos et coelos* (art. 350 del CC). Algo que al hombre de hoy le encocora, sin que, por ello, el legislador haya puesto mano en el asunto. Dos clases

de subsuelo pueden considerarse: el subsuelo subsuelísimo, es decir, el más profundo, y el inmediato a la superficie.

El primero es el que se considera que no es susceptible de aprovechamiento normal por el propietario de la superficie. Y por aquello de que las minas son bienes públicos afectos a la riqueza nacional y de que el Pisuerga pasa por Valladolid, se considera, por quien tiene autoridad para así considerarlo, que el subsuelo es del Estado, tal vez por aquello de que es de éste lo que no es de nadie. Pero la realidad es que aparte de la estatalización de aguas y minas la única regulación positiva del subsuelo es la contemplada por el Código Civil, el cual atribuye su propiedad al propietario de la superficie, salvo limitaciones y servidumbres y, en todo caso, salvo el *ius usus inocui* que permitiría hacer algo, pero no apropiarse la cosa.

El segundo, el pegado a la superficie se supone que arrastra el régimen propio de ésta. Será propiedad de su propietario y tendrá la misma naturaleza, es decir, será patrimonial o de dominio público según lo que sea la superficie. Ahora bien, en tanto la superficie puede ser de uso público, el subsuelo puede estar afecto a un servicio público. Una sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1988, así lo ha reconocido, al no admitir la reversión de subsuelo de una zona verde, por haberse destinado a aparcamiento.

Lo que civilmente no se consiente es partir el subsuelo en rebanadas y enajenarlo como independiente de la superficie. Lo único que cabe es constituir derechos. Así lo decide una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de mayo de 1987.

Teniendo en cuenta ambas previsiones, si bien cabe desafectar de un uso público, para afectar el subsuelo a un servicio público, lo que no es posible es desafectar del dominio público el subsuelo para patrimonializarlo y disponer del mismo con independencia de la superficie.

Lo que está claro es que tanto el subsuelo profundo como el superficial, al menos mientras no se destinen, ni son de uso público ni de servicio público. Simplemente, son dominio público: el segundo, claramente, y el primero por así haberlo decidido los «sabedores», no porque la legislación positiva haya dispuesto nada al respecto.

- *Bienes objetales*. El régimen que el ordenamiento jurídico local instrumental ha sido concebido única y exclusivamente para los bienes, a los que podría llamarse instrumentales: mataderos, escuelas, tuberías, etc...,

es decir, aquellos con los que la prestación se efectúa, ya sean edificios, máquinas, etc... Pero además de estos bienes existen otros a los que aquí se denomina «objetales», y que son aquellos que constituyen el objeto de la prestación cuando ésta consista en dar alguna cosa. Al no haberse efectuado esta distinción, el régimen local aplicable a los objetales, en la legislación de Régimen Local, es el propio de los instrumentales, traje éste no hecho a su medida.

De esta confusión surge el baúl de los cadáveres. Si a las sepulturas se les aplica el régimen jurídico propio de todo el cementerio, es decir, del bien instrumental resultará:

- Que las sepulturas son bienes de dominio público, de aprovechamiento privativo.
- Que la cesión del uso de los bienes de dominio público y el aprovechamiento privativo, debe efectuarse mediante licitación.
- Luego, las sepulturas sólo pueden cederse tras el pertinente procedimiento licitatorio.

Tres tipos de bienes objetales cabe distinguir:

- Los independientes destinados al tráfico jurídico: las viviendas o los churros. Lo que se cede es la cosa, mediante compraventa o arrendamiento. En cualquier caso, mediante un negocio jurídico privatístico, en su contenido y judicialización (art. 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Ello sin perjuicio de la aplicación del régimen de los actos separables. Y ello, también sin perjuicio de que algunos de estos bienes, en ocasiones, puedan dominializarse. Tal sería el caso de viviendas destinadas a situaciones de emergencia.
- Los adheridos a los instrumentales, como las plazas de aparcamientos, los puestos de los mercados o las sepulturas. Aquí, en cuanto el objeto propio de la prestación es una cosa que queda adherida al bien instrumental, la dación sólo puede consistir en una cesión del uso, que cualquiera que fuere su carácter queda excluida de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo art. 3.1.b da solución a lo que la legislación de Régimen Local confundía, excluyendo de la Ley las relaciones jurídicas derivadas de las prestaciones sujetas a tarificación. Más adelante se examina esta cuestión detenidamente.

Precisamente es el carácter publicístico de la dación lo que la excluye del régimen de los actos separables, que es lo que evita la necesidad de disponer de un baúl para los cadáveres.

- Los consumibles. Ejemplo típico es el agua. En principio, las aguas superficiales y subterráneas son bienes de dominio público estatal, no afecto ni al uso ni al servicio público, sino al fomento de la riqueza (art. 2 Ley de Aguas). Ahora bien, los cauces de pluviales, en tanto atraviesan, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular (art. 5 LA); las aguas pluviales de estos cauces (art. 52 LA), las estancadas (art. 52 LA) y las subterráneas que no sobrepasen 7.000 m³ anuales, son privadas. La cuestión es si, estando estas aguas en fincas municipales, de donde se aprovechan para atender el servicio de consumo domiciliario, son aguas públicas municipales o son de dominio particular, utilizando la expresión de la Ley de Aguas. Por supuesto, el Reglamento de Bienes considera de dominio público las aguas de fuentes, estanques (art. 3), así como las piscinas (art. 4), si bien respecto de éstas no especifica si lo público es el agua o el vaso o las dos cosas. Tales aguas las considera de dominio público, por estar afectas al uso público. Y las de las piscinas, en su caso, por estarlo al servicio público.

La LRL considera de dominio público, por su afección al uso público, las aguas, sin más (art. 64).

Más que afectas al uso público, por cuanto se destinen al servicio público de abastecimiento, tales aguas deberían de considerarse afectas al servicio público o ni a lo uno ni a lo otro, sino al fomento de la riqueza, en este caso municipal, en términos del CC.

Ahora bien: las aguas que, en un principio, pueden considerarse públicas, a la postre se privatizan, una vez que, desde el grifo, acaban en el lavadero, fregadero y demás sumideros. Estas últimas son el objeto del servicio y, por cuanto se entregan, deben considerarse privatizadas.

El posible inconveniente radica aquí en que tanto la Ley de Patrimonio del Estado como el Reglamento de Bienes imponen que para que se produzca la privatización es necesaria la previa desafectación formal, es decir, que el hisopo funcional exorcice el demonio dominial, por lo que, en tanto lo que bebemos sigue todavía siendo aguas públicas, las personas que las beben se convierten, asimismo, en bienes de dominio público. Así debe ser habida cuenta del trato que la Administración dispensa a sus administrados, a los que suele tratar como bienes de do-

minio público, si bien se ignora a qué están afectos, lo que puede depender de las circunstancias de cada caso.

3.2. *Ni están todos los que son*

3.2.1. Los bienes de privados

En caso alguno puede considerarse dominio público los bienes de gestores privados, afectos a actividad prestacional, de titularidad de la Administración, cuya gestión ésta encomienda o traslada a aquellos. Ya se trate del concesionario interpuesto o de sociedades de economía mixta o de capital de la exclusiva propiedad del ente local que instituye.

Naturalmente, se está haciendo aquí referencia a los bienes de privados por ellos adquiridos e inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad.

Se impone, por tanto, efectuar una distinción entre los posibles bienes de gestores privados, distinguiendo:

- Bienes de dominio público de la Administración, afectos al servicio público, que el gestor obtiene en goce y cuya utilización éste traslada a terceros delegativamente.
- Bienes propios del gestor, por él adquiridos, que pueden encontrarse:
 - Afectos a la actividad prestacional.
 - En reserva para ampliaciones.
 - Sin afectación alguna.

Por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de septiembre de 1985, se consideró que no podía constituirse una sociedad anónima municipal con capital exclusivamente integrado por los bienes de dominio público, afectos al servicio, antes de la constitución de la sociedad. La razón es que no pueden integrarse como capital unos bienes que, por naturaleza, son indisponibles. Lo que parece evidente.

La razón es evidente pero con ello no se resuelve ningún problema. Para salvar el escollo acusado por dicha Resolución, bien se puede constituir la sociedad con capital en metálico y los bienes de dominio público darse en goce, con disponibilidad delegada. También se pudo proceder a la previa desafectación de los bienes. Maniobras todas de encubrimiento.

Pero la realidad es que una vez constituida la sociedad, las fincas y las tuberías que ellas creen o adquieran, dado su régimen mercantil serían disponibles y embargables, por lo que cualquier acreedor podría hacerse cobro con la venta de los mismos, haciendo que los grifos dejaren de manar, quedando en seco a una población sedienta. ¿Es esto realmente así por tratarse de bienes desprovistos del marchamo del dominio público?

Y qué decir de los bienes de privados con los que se efectúan prestaciones relevantes, sin que los mismos ni siquiera sean propiedad de concesionarios o sociedades públicas. Tales, los tendidos eléctricos o de telecomunicaciones. De igual forma pueden considerarse afectos a un interés público, sin ser la titularidad de la Administración, los espacios libres privados que la Ley del Suelo ordena mantener en perfecto estado de revista, apoderando a aquélla para exigir lo pertinente (arts. 245 y 246). Supuesto éste que algún país (USA) hipertrofia, afectando al uso público las aceras de las calles, pese a continuar siendo el suelo de propiedad privada. Curioso mecanismo éste que permite prescindir del dominio público, evitando el tener que recaudar impuestos con que sostenerlo, exigiendo que sean los propietarios quienes pechen con la afectación.

Supuesto que el dominio público sólo cabe, estando la Administración en presencia, es decir, en cuanto previamente la Administración es propietaria del bien, resulta evidente que los bienes de privados no pueden tener naturaleza dominial, en ningún caso, pese a estar afectos a un servicio público. Luego no están todos los que son.

3.2.2. Los bienes privados de entes públicos, afectos

Como se recordará, el art. 81.2.b de la Ley 7/85 y el art. 8.4.b del Reglamento de Bienes, afectan al uso o servicio público los bienes patrimoniales que hubieren estado adscritos, es decir, afectos, por más de veinticinco años a un uso o servicio público. Lo que supone que durante todo un cuarto de siglo cabe que bienes afectos al uso o servicio público no sean bienes de dominio público sino patrimoniales, quedando en tanto, pese a su afectación real, desprovistos del régimen protector propio de los bienes de dominio público, si es que tal régimen efectivamente es protector.

Otro tanto cabe decir de los bienes de particulares, en posesión de una Administración, en tanto éste no los adquiere, por usucapión, pero de lo que no obstante se sirve para efectuar una prestación servicial.

IV. EL PORQUÉ DE LA DOMINIALIDAD

La respuesta aparente es clara: para mejor defender los bienes. Solución, como se verá, inútil y confudente.

La defensa de los bienes se produce por dos vías: apoderamiento-desapoderamiento y sustanciación de la categoría.

La primera vía tiende bien a apoderar a la Administración para que, por sí, sin impetrar auxilio judicial, pueda llevar a efecto determinadas actuaciones: interdicto propio, deslinde, etc..., bien a impedir que los Tribunales de Justicia actúen, desapoderándolos de las facultades que les hubiere podido corresponder respecto de los bienes (embargos) o de las actuaciones administrativas (prohibición de interdictos). Cara y cruz de una misma moneda.

La segunda vía, sustantivación de la categoría, consiste en atribuir a determinados bienes características propias que los categorizan: imprescriptibilidad e inalienabilidad. Ambas perfectamente inútiles.

La imprescriptibilidad carece de sentido, una vez que después de treinta años un bien ha sido ocupado por manos ajenas, sin que la Administración haya reaccionado, procurando su rescate. En cuanto a la inalienabilidad hay que partir del supuesto de que cuando la Administración enajena es porque el bien no sirve, lo que hace inútil el previo trámite de desafectación formal. La enajenación complica la desafectación.

En cuanto al mecanismo de apoderamiento o desapoderamiento, tan sólo en el caso de que el mismo se aplique de forma diferente a unos y otros bienes, cabría discriminar entre los mismos. En realidad, hoy, salvo el plazo de ejercicio del interdicto propio, las potestades de la Administración se aplican igual a los bienes patrimoniales que a los de dominio público. Siendo, por demás, tal diferenciación discutible.

No obstante, la discriminación es útil, no para establecer una protección más o menos intensa, sino para desproteger totalmente a ciertos bienes y proteger a otros. Proteger tan sólo a los que se encuentren en el giro o tráfico propio de la actividad administrativa y desproteger a los demás, haciendo así desaparecer la diferenciación entre bienes afectos al uso y al servicio público.

V. LOS BIENES VINCULADOS AL GIRO O TRÁFICO DE LA ADMINISTRACIÓN

La doctrina administrativista para acabar o reducir la cuestión de las diferencias de los contratos de la Administración, acudió, tomándolo de la doctrina

mercantilista, al concepto giro o tráfico, al que se recondujeron los términos obras y servicios públicos.

Si la utilización de la técnica mercantil ha sido útil para precisar la contratación administrativa, así como lo fue para precisar la contratación mercantil, igualmente puede serlo para conceptualizar jurídicamente la vinculación de los bienes y, de aquí, derivar los efectos correspondientes.

La cuestión que aquí se plantea, no ajena tampoco a los contratos administrativos, es saber respecto de qué bienes cabe predicar su vinculación al giro o tráfico administrativo, concepto éste que, como cabe apreciar, sustituiría al vigente del dominio público, y en especial al de la doble afección del mismo.

La distinción, no fácil, podría limitarse, en principio, a acotar espacios que contemplaren automáticamente la inclusión o exclusión de determinadas situaciones, origen de la vinculación. Podrían considerarse vinculados:

- Aquellos bienes respecto de los cuales así lo decidiera la Ley.
- Los que la Administración, en cada caso, clasificara, por entender que satisfacen necesidades públicas, sin perjuicio del recurso que procediere contra dicha clasificación.

Fuera de este supuesto, se entenderían vinculados al giro o tráfico los que decidiera la doctrina jurisprudencial, en cada caso, en concreción de dichos conceptos jurídicos indeterminados.

La vinculación al giro o tráfico sería independiente de la titularidad de los bienes, pudiendo considerarse que aquélla se produce, tanto si el bien es propiedad de la Administración, como de gestores públicos, privados o privatísticos, o aportados por aquélla o éstos a *non domino*. Incluso podrían considerarse vinculados los que satisfacen necesidades públicas relevantes, aunque ello no se realizare por la Administración o sus agentes.

Igualmente, la vinculación al giro o tráfico quedaría desconectada del carácter de reversible o no reversible del bien aportado por los agentes privados y privatísticos.

VI. LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA VINCULACIÓN AL GIRO O TRÁFICO

El efecto primordial y básico que se derivaría de la vinculación de un bien al giro y tráfico administrativo sería el de su singular protección. Tales bienes

quedarían adheridos a la finalidad que les es propia, de forma que resultase imposible separarlos de la misma, con independencia de a quien pertenezcan. Por contra, únicamente los bienes vinculados serían objeto de esta especial protección, quedando los demás desprotegidos y sujetos al régimen común de los bienes privados.

Ya cierta doctrina tenía acuñada la teoría de que sobre los bienes de los concesionarios, la Administración disponía de un *ius in re aliena in faciendo*.

A mi juicio, no se trata tanto de atribuir a la Administración un derecho, como de apoderarla para extender sus potestades hacia la totalidad de los bienes, fueren de su propiedad o de la de sus gestores, o de terceros, siempre que estuvieren vinculados al giro o tráfico administrativos, en los términos antes expuestos.

Esta potestad de la Administración, consentiría a la misma:

- Impedir que los bienes vinculados se separen de su finalidad.
- Perseguir los bienes para su reintegro al giro o tráfico, caso de haber sido separados.

Tales actos administrativos, por descontado que serían recurribles en sede contencioso-administrativa.

Tras la declaración por el juez ordinario de que la incorporación de los bienes al giro o tráfico se hubiere efectuado ilegítimamente, cabría la separación de los mismos, siempre con determinadas garantías.

En resumen:

- Sólo los bienes propios del giro y tráfico merecen protección, los demás, como los de particulares, responden de las deudas de la Administración y sus gestores privados o públicos, y cabe se defiendan, mediante interdictos, ante la jurisdicción ordinaria.
- Deben protegerse todos los bienes afectos a la actividad prestacional propia del giro o tráfico de la Administración, con independencia de su titularidad.
- La defensa de los bienes afectos al giro y tráfico se ciñe a impedir que los mismos se separen de la actividad a la que sirven. Ya evitando la rapacería de los codiciosos, mediante el interdicto propio, ya la de los

acreedores, impidiendo que el embargo suponga la separación de los bienes de la finalidad a que se adscriben.

- La alienabilidad debe considerarse implicada en el acto de enajenación y la prescripción posible, con la aplicación del régimen prevenido en el Cc.

VII. LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES OBJETALES

Tal como antes se examinó para la satisfacción de necesidades públicas, no sólo se dispone de bienes productores, los que se denominaron, en su momento, instrumentales, a los que les son aplicable plenamente los efectos de la teoría de la vinculación, sino que también, como consecuencia de la actividad administrativa, se crean otros bienes, a los que he denominado objetales.

Entre dichos bienes, unos nacen para ser devueltos al tráfico jurídico y otros para ser consumidos por los usuarios. Nada queda añadir respecto de lo ya dicho sobre los primeros. Respecto de los segundos, ellos, de por sí, no crean otro problema que el de la naturaleza de la contraprestación a percibir por su dispensación, una vez superado el problema de la desafectación, que convertía a los seres vivos en bienes de dominio público. Entiendo que ésta debe tener carácter público, tasa o precio público, cuando quien dispensa es la propia Administración o un ente público y naturaleza de precio privado, cuando quien lo hace es un gestor privado o privatístico. En cualquier caso, si a esta contraprestación se la quiera amparar, aplicando la potestad administrativa de su percepción por la vía de apremio, ello no sería sino un ensanchamiento de las potestades administrativas, que en nada influye en la conceptualización del bien.

Por lo que se refiere a los que denominamos bienes objetales adheridos a los instrumentales (sepulturas, aparcamientos, puestos de mercados), hoy los mismos se encuentran envueltos en una espesa nebulosa jurídica. En relación con dichos bienes, lo normal es que si quien gestiona es un privado:

- Su uso se adjudique por actos unilaterales de los órganos de la sociedad gestora o por el concesionario.
- La contraprestación la establezca la Administración instituyente o concedente, como tasa o precio público, perceptible por la vía de apremio.
- Las cuestiones litigiosas que se plantean se reconducían ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a través del recurso de reposición a que alude el art. 126.3 del Reglamento de Servicios. Desaparecido

hoy el recurso de reposición, se plantea la cuestión de si dicho recurso puede haberse transformado en el ordinario, lo que permitiría, de nuevo, la reconducción, o si cabía demandar directamente al gestor privado, en cuanto cabe considerarle delegado de la Administración, tal como sucedería con una Corporación Pública. Sin embargo, esto último parece contradicho por el art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Todo esto, bendecido por la jurisdicción contencioso-administrativa, constituye un contrasentido, derivado de la confusión que produce el hecho de que pese a la inexistencia de relación jurídica entre el bien y la Administración, aquél se encuentre afecto a una actividad prestacional de ésta.

A mi juicio, respecto a los bienes adheridos al bien instrumental, habría que distinguir, por lo que a la transmisión del uso de los mismos afecta, cuanto sigue:

- Si quien actúa es la propia Administración, se aplicaría el régimen jurídico público para el otorgamiento y la contraprestación que correspondiera tendría carácter de tasa o precio público, perceptible por vía de apremio. No obstante, para la transmisión del uso no sería aplicable la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 3.1.b.
- Si quien actúa es un gestor privado o privatístico, lo procedente sería considerar privadas todas las relaciones que se establezcan entre el gestor privado y los usuarios. Sin perjuicio de que los bienes no puedan separarse de la actividad y que las contraprestaciones, por supuesto privadas, que puedan percibirse por el uso de los bienes se controlen por la Administración, estableciendo máximos. De esta forma:
 - La adjudicación del uso de los bienes tendría carácter locaticio privado.
 - La contraprestación tendría carácter de renta y en la misma se comprendería el costo de mantenimiento y conservación de todo el edificio. Ello sin perjuicio de que la misma tuviera que atemperarse a los topes máximos establecidos por la Administración, tanto en su origen como en revisiones futuras.
 - Las controversias que pudieran producirse se residenciarían ante la jurisdicción ordinaria, no cabiendo, por tanto, suspensión de actos, sino la simple consignación, una vez establecido juicio de desahucio por falta de pago.

VIII. EN CONCRETO, EL PROBLEMA DE LA CONTRAPRESTACIÓN

Se ha dicho antes que la cesión del uso de un bien de gestor privado y la contraprestación deben tener carácter privado y residenciarse ante la Jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, esto no obsta para que la Administración pueda poner en marcha los resortes con los que funcionan sus potestades, extendiéndolos en defensa de las contraprestaciones. Esto es un privilegio, pero no una característica que sustancialice un determinado bien. La Administración puede extender el manto protector de sus potestades allí donde le parezca.

Lo que quiere decir que si a la Administración le parece, y para ello la legislación le apodera, puede poner en marcha una de sus potestades para la percepción ejecutoria de la contraprestación debida, al gestor privado, sin necesidad de que éste tenga que acudir a la vía judicial. Naturalmente, la consecuencia de aquí derivada sería el cambio jurisdiccional, pues las controversias que pudieran producirse sobre la pertinencia o no de la cobranza ejecutoria, tendrían que sustanciarse en sede contencioso-administrativa, ya que la discusión se centraría siempre sobre la legalidad de un acto administrativo.

Lo dicho no es del todo novedoso. Ya el Reglamento de Servicios consentía que las contraprestaciones debidas a los concesionarios se percibieran por la vía de apremio, pero para justificar esto se convertía en tasa, es decir, tributo, lo que en realidad era un precio privado, derivado de una actividad servicial o «dacional» realizada por un gestor privado, y esto último con bienes privados suyos.

Confusión que se producía por aquello de la simetría: los impuestos se ejecutan y la renta se reclama. Sin pensar que lo propio es la situación asimétrica: las potestades se aplican para abatir o defender lo privado, además de para defender lo público. Y el concesionario y sus bienes son privados, por mucho que se diga que la Administración es la titular de sus actividades.

Por contra, el propio Reglamento de Servicios decidía que la contraprestación debida a la Sociedades de capital público tenía carácter de renta, por lo que las desamparaba, retirando el paraguas de la potestad. También por lo de la simetría. Tan sólo amparaba la contraprestación cuando se trataba de actividad monopolística, convirtiéndola en tasa, es decir, tributo, en un auténtico juego de prestidigitación. Situación ésta que desaparece en la legislación posterior.

Sin necesidad de hacer historia, hoy la Ley de Tasas y Precios públicos del Estado excluye su aplicación a las actividades realizadas por gestión privatística, en cualquier caso, es decir, haya o no monopolio, no quedando claro si también queda excluida la actividad concesional o se la sigue considerando como ejercicio de aquello de que es titular la Administración.

Por su parte, la Ley de Haciendas Locales es aún más confusa, al no hacer referencia a la exclusión de las sociedades ni aludir a los concesionarios.

Hoy es frecuente que los Tribunales Contencioso-Administrativos bendigan la percepción por vía de apremio de las contraprestaciones debidas a los gestores privados y privatísticos, siempre partiendo del supuesto de que lo que perciben son tributos, lo que no se compadece para nada con el carácter privado de las personas y de los bienes.

La solución que aquí se ofrece es considerar que un privado es un privado y que sus bienes son privados, lo que exige sacar la subsiguiente consecuencia: sus contraprestaciones son rentas. Ante lo privado no cabe hacer referencia a situaciones concesionales de bienes ni aludir a tributos. Menos cabe aún residenciar las controversias que se produzcan ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reconduciendo la actuación del privado hacia la Administración, convirtiéndola en acto administrativo, bien por la vía del recurso de reposición, que expresamente contemplaba el Reglamento de Servicios para la concesión administrativa, bien, desaparecido éste, por la vía del recurso ordinario.

Ahora bien, considerar que la contraprestación es una renta, no es óbice para que pueda limitarse por la Administración ni para que ésta pueda ampararla con sus potestades administrativas. Aquí lo único que hace el privado es dejarse querer por la Administración y contemplar cómo ésta pone en marcha su potestad administrativa para facilitarle el cobro de sus contraprestaciones. Algo que no es diferente a la protección que, se ha dicho, debe prestarse a los bienes, sin contemplar su titularidad, para evitar que los mismos se desplacen de las prestaciones a las que se adscriben; ni distinto al beneficio de la expropiación. Naturalmente, tal ejercicio de la potestad será un acto administrativo que, como tal, se residencia ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.