

LA INALIENABILIDAD DEL DOMINIO PUBLICO

Por

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla.

SUMARIO: Introducción.—I: 1. La inalienabilidad de la res publica usui destinatae en Roma. 2. La inalienabilidad en la Edad Media. 3. Breve alusión al Derecho Canónico.—II: 4. Fundamento de la inalienabilidad: A) La inalienabilidad como consecuencia de la misma naturaleza del dominio público. B) La propiedad colectiva como fundamento de la inalienabilidad del dominio público. C) La afectación, fundamento de la inalienabilidad. 5. Naturaleza jurídica de la inalienabilidad: A) La inalienabilidad como imposibilidad absoluta de transmitir. B) La inalienabilidad como transmisión previa desafectación. C) La imposibilidad de cesar la afectación y la posibilidad de enajenar la propiedad de los bienes de dominio público. D) La inalienabilidad como imposibilidad de transmitir por los procedimientos de Derecho privado. E) Nuestro punto de vista: la inalienabilidad garantiza la inseparabilidad de los bienes de la función pública, manteniendo la titularidad administrativa. 1.º Enajenación a particulares: a) Permutas con entrega diferida a una previa desafectación. b) Enajenaciones con entrega diferida a previa desafectación. c) Aportaciones de dominio público a empresas mixtas. d) Enajenaciones de nuda propiedad. 2.º Enajenaciones a otras Administraciones públicas: a) Transmisiones a otras entidades administrativas sin cambio de afectación. b) Transmisiones a otras entidades administrativas que implican cambio de afectación. 6. ¿Doble inalienabilidad de los bienes del Estado? 7. Comienzo y extinción de la inalienabilidad.—III: 8. Efectos del incumplimiento de la regla de inalienabilidad. 9. Inalienabilidad y protección registral de la buena fe. 10. La inalienabilidad del dominio público mueble y la protección civil del poseedor de buena fe. 11. La venta de los bienes del Estado sin ley y la protección registral de la buena fe.—Conclusión.

INTRODUCCION

Una de las muchas materias que pueden tomarse como símbolo del progreso habido en la ciencia jurídico-administrativa española, en los últimos años, es precisamente la del dominio público. FERNÁNDEZ DE VELASCO se lamentaba en 1942 de los pocos trabajos que sobre dicha materia se ha-

bían publicado en España. En 1958 tal afirmación ya no puede considerarse ciertamente como valedera, y ello con toda seguridad que alegraría a su autor si aún estuviera con nosotros.

En este proceso investigador del dominio público no hemos querido permanecer al margen, y por ello, estimulados con el entusiasmo de tantos, hemos querido también contribuir, en alguna pequeña parte, a esclarecer tan importante figura jurídica.

El objeto de nuestro estudio ha recaído sobre la regla de la inalienabilidad del dominio público, que ha venido y viene repitiéndose muchas veces como un tópico, sin que realmente se hayan examinado monográficamente todos los problemas jurídicos que tal principio encierra. Sinceramente tampoco creemos que ello se haya logrado plenamente con el presente estudio.

Regla, ésta de la inalienabilidad, que se ha impuesto por su propio peso sin que muchos Códigos la hayan formulado y sin que la mayoría de las veces se supiese de ella, mucho más, sino que no se podían enajenar los bienes de dominio público. Si exceptuamos las afirmaciones generales que sobre tal regla se contienen en los tratados y las que se formulan en los libros monográficos que estudian el dominio público, nos encontramos con una escasa bibliografía sobre la regla, que casi se agota con unas notas de DE VALLÉS en la «*Rivista di Diritto Pubblico*», comentando una decisión jurisprudencial, y con el extenso capítulo sobre la inalienabilidad correspondiente a los trabajos que INGROSSO publicó en la «*Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*», sobre el dominio público, y con alguno que otro más. Aun cuando la figura jurídica genérica de la inalienabilidad ha sido más estudiada, como puede comprobarse, por ejemplo, en los trabajos de PIOLA en «*Il Digesto Italiano*», y LONGO en «*Il Nuovo Digesto Italiano*», como dice el primero de ellos, la teoría de la inalienabilidad toma matices tan diversos en cada una de las instituciones sobre las que recae, que se hace imposible reducirla a unidad, por lo que es necesario en cada caso estudiarla en cada uno de los institutos sobre los que versa.

Planteamos, en primer lugar, un aspecto histórico del problema, difícil de encuadrar, por cuanto no nos ha de extrañar que en otros tiempos no estuviera expresamente formulada la regla de la inalienabilidad, cuando muchos Códigos modernos tampoco la establecen. El estudio concreto de la Edad Media nos descubre que la antigua inalienabilidad del

patrimonio de la Corona va a venir en los tiempos modernos a convertirse en la necesidad de la existencia de una ley para enajenar los bienes del Estado. Principio éste distinto, a nuestro juicio, de la inalienabilidad del dominio público y que entre nosotros se encuentra vigente en el artículo 6.º de la Ley de Contabilidad y Administración de 1.º de julio de 1911. La combinación de este principio con la regla de la inalienabilidad ocasionará diversos problemas jurídicos que estudiamos en otro capítulo. No falta una alusión al Derecho canónico —cuya influencia en el Derecho administrativo se ha puesto recientemente de relieve— que no deja de ser útil, sobre todo por la mayor matización que tal disciplina ofrece para las ventas de bienes eclesiásticos en relación con la licencia del superior.

Examinamos a continuación el fundamento y la naturaleza de la regla de la inalienabilidad, exponiendo diversas doctrinas sobre cada uno de los aspectos de la inalienabilidad. Aun cuando nos pronunciamos en favor de la afectación como fundamento de la inalienabilidad en el derecho español, estimamos que ésta protege a esa afectación de una manera específica, cual es la del mantenimiento de la titularidad administrativa de los bienes, con lo que descartamos las enajenaciones a particulares de la nuda propiedad del dominio público, que han sido admitidas por algunos autores, si bien admitimos ciertos cambios de titularidad del dominio público producidos entre entidades administrativas. En estas materias estudiamos algunos casos que pudiéramos llamar fronterizos, y por tanto discutibles, pronunciándonos en cada uno de ellos en orden a su legitimidad en función de la regla de la inalienabilidad. La diferenciación entre la inalienabilidad del dominio público y la necesidad de enajenación, previa ley, de los bienes del Estado, es también objeto de estudio, en el que se procura fijar la distinta naturaleza de ambas figuras, distinción que resulta pletórica de consecuencia en la materia.

La regla de la inalienabilidad del dominio público plantea el difícil problema de los efectos de su incumplimiento. La diferente postura de la doctrina francesa e italiana al respecto la conectamos con la mayor amplitud del dominio en el Derecho francés, dada la categoría de los bienes patrimoniales indisponibles que existe en Italia. El hecho de que los franceses elaboren, en esta materia, sobre la jurisprudencia y los italianos sobre los principios dogmáticos, en unión de las anteriormente citadas circunstancias y de otras que se estudian, nos conduce a mantener la tesis de la nulidad de las enajenaciones de dominio público, corregida en

ocasiones, más bien excepcionales, por rasgos de la anulabilidad, sobre todo cuando se trate de bienes no pertenecientes al llamado dominio público de uso general. Ofrece especial interés el problema de las enajenaciones de dominio público inscritas en el Registro de la Propiedad en relación con los terceros adquirentes de buena fe. Se plantea, por así decirlo, una incompatibilidad entre la buena fe protegida en la Ley hipotecaria y el dominio público protegido por la regla de la inalienabilidad. En esta controversia nuestro pensamiento se pronuncia en favor de la inalienabilidad del dominio público. En parecidos términos se plantea también el problema en relación con los bienes muebles, ofreciéndonos al respecto interesantes aportaciones el Derecho italiano como consecuencia de la gran cantidad de enajenaciones de bienes muebles indisponibles llevadas a cabo después de la segunda guerra mundial. Estos problemas ofrecen soluciones diversas cuando se trata de simples bienes patrimoniales del Estado enajenados sin ley, en relación con terceros de buena fe.

En grandes líneas, este es el esquema del presente trabajo, en el que, con mayores dificultades de las en un principio supuestas, hemos abordado el difícil tema de la inalienabilidad de las cosas públicas, que se oscurece en ocasiones con el formalismo que, a veces, encierra el problema de la afectación, con el simultáneo juego de las enajenaciones con Ley, del artículo 6.º de la Ley de Contabilidad y, finalmente, con la amplitud moderna del dominio público, para la que la regla de la inalienabilidad puede resultar evidenciadora de una conveniente diferenciación en el régimen jurídico de las distintas clases de bienes destinados a la función pública o al mejor logro de los intereses sociales.

I

1.—LA INALIENABILIDAD DE LA «RES PUBLICO USUI DESTINATAE» EN ROMA.

La expresión de ISKROW según la cual, después de los trabajos de BARKHAUSEN, no se puede dudar de que la teoría del dominio público es una creación de la ciencia y de la jurisprudencia francesa (1), no hay

(1) KARADÉ ISKROW, *Nature juridique des choses publiques (étude de Droit comparé)*, en «Revue de Droit Public», 1930, págs 670 y ss. La expresión a la que se hace referencia en el texto en la pág. 674. Los estudios de BARKHAUSEN a los que se refiere ISKROW son *Etudes sur la théorie générale du domaine public*, publicados en la «Revue

que tomarla en un sentido tan riguroso que nos haga prescindir del examen de la situación de las cosas públicas en Roma. Por el contrario, consideramos que puede ofrecer alguna utilidad el recordar, bajo la perspectiva de la inalienabilidad, las cosas que en aquel tiempo se destinaban al uso de todos.

La noción del demanio, como bienes sustraídos a la disciplina privada, dice BIONDI, resalta en el Derecho romano en el ámbito de la *res publicae*, como cosas que pertenecen al pueblo romano. Presentan la distinción entre *res publico usui destinatae* y *res in pecunia populi*. Las primeras estaban consideradas como *extra commercium*, en el sentido de que no podían ser objeto de ninguna relación patrimonial sin que ello implicase que fueran sustraídas a la disciplina jurídica. Estas cosas estaban destinadas al uso directo e inmediato de cada uno. Era este destino el que hacía inconcebible que sobre ellas existiesen relaciones patrimoniales y se califican de *res extra commercium*, no tanto por una declaración legal, sino por su naturaleza y función. Se comprendían en este concepto los foros, los teatros, las vías públicas, los ríos. Para los romanos, vender o constituir derechos reales privados sobre tales cosas resultaba tan absurdo como vender el sol o el aire atmosférico.

Este carácter extracomercial derivaba de la propia naturaleza que excluía una propiedad privada, como en el caso de los ríos; pero también la extracomercialidad derivaba a veces de un acto administrativo (*publicatio*) en los casos de caminos, foros, etc. El fin de lucro estaba excluido de esta clase de cosas y de su uso, y por ello se distingue entre la *res publico usui destinatae* y la *res in pecunia populi*. En la época del principado se distingue entre el *aerarium*, cuyo titular es el pueblo, y *fiscus*, que pertenece al príncipe. Se distinguen, por tanto, la *res publicae* del pueblo y *res fiscales* del príncipe. Más adelante, como ha estudiado VASALLI, se produce una confusión en cuanto a su titularidad, entre la *res publicae* y la *res fiscales* (2).

de Droit Public», 1902 y 1903. Las diez líneas escasas que el citado autor dedica en el primero de sus trabajos (1902) a las cosas públicas en Roma no parecen tan decisivas como para que nos olvidemos de la situación jurídica de dichos bienes en el Derecho romano.

(2) Sobre el particular hemos seguido la exposición de BIONDI, *I Beni*, Torino, 1956, del tratado de Derecho civil dirigido por VASALLI. El estudio citado en el texto de VASALLI es *Sul rapporto tra la res publica e la res fiscale*, en «Studi Senesi», 1908, volumen 25. Véase SALEILLES, *Le domaine public a Rome*, en «Nouvelle Revue Historique du Droit», 1887, donde se dice que en 172 antes de Jesucristo el Senado empieza a per-

Respecto a la *res publicae*, queda excluida cualquier enajenación, si bien son posibles, y en Roma fueron muchas veces utilizadas, concesiones que atribuyen a los particulares facultad de goce que amplían el uso normal de la cosa. Tales concesiones tenían diferentes modalidades según la naturaleza de la cosa y quedaban fuera de los esquemas del derecho privado (3).

La doctrina señala con gran generalidad la aplicación de la inalienabilidad a las cosas públicas en Roma. Esta inalienabilidad llevaba aparejada la más enérgica sanción para caso de su incumplimiento (4). Sin embargo, en algunos casos se admitía, según BIONDI, la validez de la venta de cosas inalienables, si bien sólo en cuanto al resarcimiento del comprador de buena fe, y nunca en los efectos traslativos de la propiedad (5).

mitir arrendamientos de parcelas del *ager publicus*, aunque dentro de límites restringidos, porque ello chocaba con los principios de los senadores, y sus ocupaciones y bajo el Alto Imperio no permanecen en el goce teórico y efectivo del pueblo sino las vías de comunicación, las plazas públicas y los bienes análogos. ISKROW, *Las cosas publiques en Droit Romaine*, Paris, 1928. Gutherland *Aerarium and Fiscus during the Early Empire*, en «American Journal of Philologiz», LXVI, 1945, pág. 151. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, en «Annali Triestini», 12 (1940), págs. 248 y ss. GROSSO, *Appunti sulle distinzioni delle res nelle Istituzioni di Gaio*, en «Studi Besta». LÓPEZ ROBÓ, *El Patrimonio Nacional*, Madrid, 1954, capítulo II. EISELE, *Ueber das rechtsverhältnis der res publica in publico usu nach romischen Recht*, Basilea, 1873, citado por BALLBÉ, *Las reservas dominiales*, en el núm. 4 de esta REVISTA, pág. 79.

(3) BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano*, 2.ª ed., Milano, 1952, pág. 131.

(4) *Idem iuris est, si rem Sacram aut religiosam, quan humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sit... nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci... quia natura sui dominio nostro exempta in obligationem deduci nullo modo possunt.* Ins. III, 19, 2, tomado del apéndice al capítulo II de la obra citada de LÓPEZ ROBÓ. *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec ciunscumque rei si seias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur*, Dig. XVIII, 1, 6, id., id.

PAPINIANUS: *lege venditionis illa facta si guid sacri aut religiosi aut publici est eius nihil vendit, si res non in uso publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio eius valebit, nec venditori proderit exceptio, quae non habuit locu.* Dig. XVIII, 1, 72 & 1, idem, id.

(5) *La vendita di cose fuori commercio*, en «Studi Roccobono», 4. Vale la pena poner de relieve una cierta analogía entre el pensamiento de BIONDI y el de DUEZ ET DEBEYRE, cuando estos últimos autores nos hablan sólo de la anulación del efecto traslativo de la venta en las enajenaciones de dominio público. Ello conduce a que las demás relaciones contractuales tengan validez y que al ser inejecutables por la Administración se convertirán en un derecho a indemnización a favor del comprador, siempre que éste sea de buena fe, es decir, ignorante de que se vendían dependencias del dominio público. *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1952, pág. 775. En Derecho romano, véase LONGO, *Casi d'impossibilità della prestazioni nel diritto giustiniano*, in A. U. MA II (1935).

DE VALLÉS nos traza un esquema de la inalienabilidad de las cosas públicas en Roma. En el Derecho romano existía una inalienabilidad formal para las cosas religiosas y sagradas. Para las cosas públicas el Derecho romano no afirma la inalienabilidad de las cosas por sí mismas, sino por los usos a que se dedican. En realidad también los bienes públicos eran en Derecho romano inalienables, porque el fisco, no pudiendo convertir en patrimoniales los bienes que pertenecían al pueblo, no podía enajenarlos. Al pueblo le correspondía la defensa de las cosas públicas contra las usurpaciones privadas por medio de acciones populares que provocaban el interdicto pretorial. Sin embargo, cuando la enajenación o la posesión privada no producían perjuicio al uso general y ninguno tenía interés en impedirlo, adquirían plena eficacia jurídica para crear un justo título de transmisión de la propiedad de los bienes. Los romanos, según DE VALLÉS, establecieron el principio de la inalienabilidad mirando la protección del uso general y las normas prohibitivas de la alienabilidad y de la prescripción fueron dadas para proteger el uso general (6).

Los textos del Derecho romano, (7) han servido de base al estudio de

(6) DE VALLÉS, *inalienabilità del demanio pubblico*, en «Rivista di Diritto Pubblico», 1914, 2, pág. 415. Como más adelante tendremos ocasión de ver, DE VALLÉS utiliza este antecedente histórico para mantener que la inalienabilidad protege el uso general y no la titularidad administrativa, que será sólo el fruto de la indisponibilidad como regla interna.

Según BIONDI, los ciudadanos podían usar las cosas públicas por igual y tenían protección frente a los usos abusivos de otros. Los que no respetaban los límites del uso normal e igualatorio venían sancionados con la *actio iniuriarum* y por algunos interdictos (*ne quid in loco vel itinere fiat, ut via publica itinere publico ire agere liceat; ne quid in flumine publico ripave eius fiat quo peius navigetur*). *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1952, pág. 131.

AMORTH destaca que la nulidad que la doctrina italiana proclama para las enajenaciones de dominio público, frente a la anulabilidad de las enajenaciones de los bienes patrimoniales indisponibles, arranca de un texto del Digesto: «*Lege venditionis illa facta, si quid sacri, aut religiosi, aut publici est, eius nihil venit: si res, non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio eius valebit.*» Dig. XVIII, 1, 72 & 1. *L'acquisto del patrimonio mobiliare indisponibile dello Stato mediante possesso di buona fede*, «Rivista di Diritto e Procedura Civile», 1952, pág. 480.

(7) Transcribimos algunos de los textos romanos de interés en la materia. En orden a la imposibilidad de pignoración: «*Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium eius non est, iure pignoris accipere non potest, ut Divus Pius Claudius Saturnino rescripsit. Quid ergo, si praedium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summovendus sit? Et Octavenus putabat, etiam in pignorbis locum habere exceptionem. Quod, ait Scaevola libro tertio variarum Quaestionum, procedere, ut in rebus mobilibus exceptio locum habeat.* D. XX, 3, 1, 2.

los autores para determinar la ineficacia de las estipulaciones y ventas de las cosas públicas. Son, a nuestro juicio, de gran interés estas investigaciones, por cuanto pueden ofrecer algún punto de claridad en el problema

En cuanto a la nulidad de las ventas de cosa fuera del comercio, «*Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit, quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.*» D. XVIII, 1, 34, 1. También el ya anteriormente citado: «*Sed Celsus filius ait, hominem liberum scientem te emere non posse, nec cuiusquique rei, si scias, alienationem esse, ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.*» D. XVIII, 1, 6. También el citado D. XVIII, 1, 72, 1, «*Papinianus: lege venditionis illa facta si quid sacri, aut religiosi aut publici est, eius nihil venit, si res non in uso publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio eius valebit, nec venditori proderit exceptio, quae non habuit locum.*»

Un interesante texto relativo a la ineficacia de las estipulaciones sobre cosas públicas es el siguiente de la Instituta 3, 19, 2, «*Idem iuris est, si rem sacra aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cuius commercium non habuerit, vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendente erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse destinare potest; sed protinus inutilis est. Item contra, licet initio utiliter res in stipulatione deducta sit, si postea in eorum quam causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. Ac nec statim ab initio talis stipulatio valebit: Lucium Titium,, quam servus erit, dares spondes? et similia, quia, quae natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.*»

Debe también recogerse el texto relativo a la ineficacia de las ventas de cosas públicas, aun cuando en el futuro fuese posible la venta por haber dejado la cosa de ser pública. «*Quum qui sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram, aut religiosam Titius venderit, vel forum, aut basilicam, et huius modi res, quae publicis usibus in perpetuum relictæ sin, ubi omnino conditium iure impleri non potest, vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset; nec ad rem pertinet, quod mine impossibile est, postea possibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.*» D. XLV, 1, 137, 6.

Pueden también consultarse, aun siendo de menor interés para nuestro tema, los siguientes pasajes del Digesto: XLV, 1, 83, 5; XLIV, 7, 1, 9; XXXIX, 11, 24; XXXIX, 2, 15, 10.

Conviene transcribir el fragmento del Digesto XVIII, 1, 22, relativo a la nulidad de las ventas de cosas públicas, «*Hanc legem venditionis: si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil, supervacuum non esse, sed ad modifica loca pertinere, Ceterum si omne religiosum, vel sacrum, vel publicum venierit, nullam esse emtionem.*»

Debe citarse y examinar el cap. XV de la obra citada de KARADGE-ISKROW, *Les choses publiques en Droit Romain*, en donde traza un régimen de extracomercialidad de dichas cosas en Roma, muy parecido al moderno, llegando a la afirmación incluso de que podían ser objeto de negocios de Derecho público. Por ello es muy de extrañar que haya sido semejante autor el que, en otro trabajo, haya podido afirmar que el dominio público era una creación de la doctrina y de la jurisprudencia francesa del siglo XIX.

moderno de la nulidad que mantiene la doctrina administrativa italiana, de las enajenaciones de dominio público y los rasgos de la nulidad relativa, con los que reviste tales ventas la doctrina francesa.

BIONDI, al estudiar las ventas de las cosas fuera del comercio, analiza por separado la enajenación del hombre libre y la enajenación de las cosas públicas, sagradas y religiosas. Con respecto a las públicas, señala cómo la nulidad de las ventas fué proclamada por el *ius civile* en todo tiempo sin distinción de negocios jurídicos, basándose tal nulidad, para la mayoría de los autores, en la imposibilidad de la prestación, llegando a este respecto a afirmarse por BIONDI, en razón de que el propietario llegaría a tener derecho a usar una cosa que, por ser pública, ya poseía, que tal imaginación repugna la buena fe y que sería nula, al igual que lo sería la compra de una cosa que ya era del comprador. Mas con el tiempo la obra innovadora del pretor concéde en ciertas enajenaciones de cosas extracomerciales *actio in factum* al comprador cuando éste era de buena fe e ignoraba la extracomercialidad de la cosa enajenada. Mas con el tiempo tal *actio in factum* fué convirtiéndose en una *actio empti*, derivada ya de la venta que, por tanto, no resultaba plenamente nula. Esta transformación de la *actio in factum* en *actio empti* es de gran significación, por cuanto la primera quedaba al margen del contrato y se aplicó sobre todo en casos de ventas de sepulcros en favor del comprador, para exigir cierta responsabilidad al vendedor. La *actio empti* es una verdadera acción contractual que supone una ignorancia en el comprador, al que se le da una acción de responsabilidad frente al vendedor y no la mera devolución del precio que la nulidad implicaría, extendiéndose tal acción de las enajenaciones de sepulcros a las de cosas públicas (8).

RICA BARBERIS también examina la cierta atenuación del principio de la nulidad que la admisión de la *actio empti* implicó para la enajenación de las cosas públicas: Quien compra, dice, a sabiendas lugares sagrados, religiosos o públicos, por ejemplo, una plaza, lo hace inútilmente, a no ser que, engañado por el vendedor, los hubiese comprado creyendo que eran privados o profanos, en cuyo caso tendrá la acción de *ex empto* para conseguir siquiera indemnización de los perjuicios que le resulten de haber sido engañado, ya que no le sea permitido tener lo que compró (9).

(8) BIONDI, *La vendita di cose fuori di commercio*, en *Studi in onore di S. Riccobono*, vol. IV, Palermo, 1936, págs. 3 a 56.

(9) RICA-BARBERIS, *Cosa de otro y cosa fuera del comercio en la venta romana y moderna*, en «Revista de Derecho Privado», febrero 1953, pág. 92. El problema de si

Mas lo importante es que tales acciones nacían como un efecto excepcional, protector de la buena fe, en las compraventas nulas, como se deriva del citado trabajo de LONGO, sin que pueda llegarse a afirmar, como hacen DUEZ y DEBEYRE por lo que hace al Derecho moderno, que el único efecto nulo de la venta es el efecto traslativo de la propiedad.

2.—LA INALIENABILIDAD EN LA EDAD MEDIA.

Puede afirmarse que la característica de la Edad Media con respecto a los bienes fué la confusión entre el patrimonio del Rey y el patrimonio público, la confusión de la idea de soberanía con la de dominio, y la falta de diferenciación, dentro del patrimonio público entre las cosas públicas propiamente dichas y los demás bienes de la Corona.

Sin embargo, puede afirmarse que esta confusión no se va a producir, por lo que a España se refiere, en tiempo de los visigodos, puesto que los historiadores convienen en afirmar que en esta época quedan perfectamente separados los patrimonios del Rey y del Estado. La influencia que como causa de separación entre ambos patrimonios ejerciera el carácter electivo de la Monarquía ha sido puesta de relieve por TORRES (10). MARTÍNEZ MARINA señala que el nuevo Rey electo debía jurar la ley que le prohibía partir, dividir o enajenar los bienes y Estados de la Corona (11). LÓPEZ RODÓ ha examinado recientemente con detenimiento la diferenciación entre los bienes del Rey y los del Estado y la influencia que en esta diferenciación ejercieron, entre otras causas, las doctrinas canónicas (12).

A pesar de la diferenciación que acabamos de recoger entre patrimonio del Rey y patrimonio del Reino, característica de esta época, no se encuentra tan diferenciada la distinción dentro de los bienes del Reino

bastaba buena fe en el comprador o si también era necesario engaño por parte del vendedor para que procediera la *actio ex empto*, fué objeto de discusión entre los romanistas. También debe examinarse el trabajo de LONGO, elogiado por BIONDI, *Le res extra commercium e l'azione di danni nei contra ti di vendita nulli*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, Milán, 1930, págs. 363-386.

(10) *El estado visigótico*, en «Anuario de Historia del Derecho, 1926, pág. 472.

(11) *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas*, Madrid, 1834, t. I, libro II, pág. 88.

(12) *El Patrimonio Nacional*, cit., págs. 31 y ss.

entre cosas públicas y bienes patrimoniales. La tendencia medieval, que a continuación vamos a examinar, de considerar inalienables los bienes del Reino, va a ser, en parte, causa de que pierda importancia el estudio de la específica inalienabilidad de las cosas públicas (13).

No existe unanimidad entre los autores en orden a si existía la diferenciación entre patrimonio del Rey y patrimonio de la Corona o del Estado, en época de la Reconquista. PÉREZ EMBID concretamente sostiene que a finales del siglo XV aparecen confundidos los patrimonios del Rey y de la Corona (14). MANZANO, por su parte, citando textos de Las Partidas, ha demostrado que en dicho cuerpo legal se distinguen perfectamente entre los bienes del Rey y los bienes del Reino (15). Sin embargo, y por lo que a nuestro trabajo respecta, no puede en modo alguno identificarse la dualidad medieval entre patrimonio del Rey y de la Corona, con la de nuestros días entre bienes patrimoniales y de dominio público. El patrimonio del Rey era un patrimonio no perteneciente al Estado, mientras que con respecto al patrimonio de la Corona o del Reino se llega a formular una inalienabilidad muchas veces quebrantada por los Reyes y muchas veces exigida por las Cortes.

La inalienabilidad en la Edad Media ha sido estudiada fundamentalmente con respecto a los bienes del patrimonio de la Corona; pero con-

(13) MARTÍNEZ USEROS, interpretando la ley II del Exordio del Fuero Juzgo y la V del libro II, título I, mantiene que estas leyes «permiten» no sólo defender el hecho de la consagración, en pleno siglo VII, por nuestra legislación española de la tesis de la naturaleza del dominio público como propiedad de ordenación o vinculada a un fin general, predeterminado como social, que le imprime carácter, sino también la matización de la consecuencia más idónea de dicha tesis, es decir, la indisponibilidad por los procedimientos y fines del derecho privado de tales bienes de dominio público». *Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público*, en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, Sevilla, 1954, I, pág. 153. Sobre la interpretación de estos preceptos puede verse COS GAYÓN, *Historia Jurídica del Patrimonio Real*, Madrid, 1881, pág. 13.

ALVAREZ GENDÍN estima que en el Fuero Juzgo (ley XXXI, título IV, libro VIII) se aceptaba la inapropiabilidad de las aguas de los ríos al prohibir su derivación. *El dominio público*, Borch, 1956, pág. 9.

(14) *Los descubrimientos en el Atlántico y la rivalidad castellano-portuguesa hasta el tratado de Tordesillas*, Sevilla, 1949, pág. 259.

(15) *La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a la Corona de Castilla*, en «Anuario de Historia del Derecho», Madrid, 1951-52, tomos XXI-XXII, págs. 19 y ss. Véase en especial la ley 1.ª, título XVII, Partida 2.ª. GREGORIO LÓPEZ J glosando esta ley, matizaba aún más y distinguía entre: 1.º, patrimonio fiscal; 2.º, patrimonio real, y 3.º, patrimonio privado del rey. Los dos primeros grupos pertenecen a la Corona, englobándose en el 1.º las rentas del reino, ingresos públicos, y en el 2.º, los bienes raíces, ciudades, villas, etc.

sideramos que tal inalienabilidad era distinta de la del dominio público que existía también en la Edad Media, aun cuando haya sido menos estudiada por los historiadores. El carácter marcadamente político de la inalienabilidad de los bienes de la Corona, la evolución del principio y las exigencias de las Cortes, que clamaban por su cumplimiento, frente a las enajenaciones de los Monarcas, han sido las causas determinantes de que el estudio de la inalienabilidad en la Edad Media haya recaído principalmente sobre los bienes de la Corona.

Examinemos someramente la evolución de tal inalienabilidad. Dice MANZANO que los Reyes castellanos, basándose en la Ley V del título XV de la Partida II, reservándose siempre las regalías supremas, disponen de bienes de la Corona, tales como ciudades y villas, disminuyendo en proporciones alarmantes el patrimonio de la Corona real. Ante tales hechos, las ciudades, mediante sus procuradores en Cortes, piden reiteradas veces a los monarcas cedan en tal política de enajenaciones. Al parecer fundaban tales peticiones en la Ley V, título XV de la Partida II, relativa a que sea uno el señorío y «no lo enajenen ni lo repartan». En el año 1348 la Ley 3.^a del título XXVII del Ordenamiento dado en las Cortes de Alcalá, interpretando el sentido de las Partidas, limita las enajenaciones de los bienes del reino, prohibiéndolas a extranjeros. Pero las enajenaciones continúan ante la alarma de las ciudades, y es precisamente en época de Juan II cuando en las Cortes de Valladolid de 1442 se llega, mediante una ley pactada con el pueblo, a la declaración de que «todas las ciudades e villas e logares mios e sus fortalezas e términos e jurerdiciones e fortalezas ayan seydo e sean de su natura inalienables e imprescritibles para siempre jamás». Sólo en casos excepcionales pueden los soberanos hacer mercedes, pero de acuerdo con su Consejo y estando presentes seis procuradores de Cortes. Enrique IV en 1445, en las Cortes de Córdoba, confirma la anterior ley, pero ello no obstante enajena numerosas partes del patrimonio de la Corona, lo que determina la protesta del reino en las Cortes de Ocaña de 1469, amparándose en la ley-pacto de Valladolid de 1442. Si bien el Rey no accede entonces, lo hace más tarde en las Cortes de Santa María de Nieva, revocando las donaciones que hubiese hecho desde el 15 de septiembre de 1464. La ley-pacto de Valladolid se lleva al texto del juramento de los reyes castellanos, y por ello, cuando en Madrigal los procuradores castellanos (1476) se dirigen a los Reyes Católicos pidiendo también revocación de mercedes, lo hacen diciendo que tales enajenaciones son «contra derecho, buenas costumbres, e contra juramen-

to lícito, e contra contrato aprobado e jurado». La Reina Católica revocó las mercedes mediante su testamento (16). La tendencia revocadora de las mercedes preocupó, al parecer, a los reyes a la hora de hacer testamento, y así también podemos citar una cláusula secreta, revocatoria del testamento de Enrique II, que al parecer preocupó enormemente a la nobleza de aquel tiempo y que no fué elevada al rango de ley hasta el tiempo de Felipe V, que junto a Fernando VI y Carlos III, pasa por ser de los reyes que, ya en los tiempos modernos, promovieron más juicios de reversión a la Corona (17).

Con respecto a esta inalienabilidad puede decirse que se pasa de la posibilidad de enajenaciones, basadas en Las Partidas, a la inalienabilidad proclamada en la ley-pacto de 1442. Los efectos del incumplimiento de esta regla tuvieron la más grave sanción jurídica, puesto que hemos visto que se revocaban las enajenaciones hechas después de la citada ley, mucho tiempo después que aquéllas hubiesen sido realizadas. A este respecto la revocación de las donaciones enriqueñas realizadas en las Cortes de Santa María de Nieva, las de las donaciones del mismo rey realizadas por los Reyes Católicos y las producidas por la elevación a ley, en tiempos de Felipe V, de la revocación de las donaciones hechas por Enrique II, demuestran evidentemente que tales enajenaciones no se convalidaban por el mero transcurso del tiempo (18).

Interesa sobremanera resaltar la inalienabilidad que acabamos de examinar, porque en ella se encuentra el germen, aunque fundamentalmente modificado, del artículo 6.º de nuestra vigente Ley de Contabilidad y Administración, que exige una ley para la enajenación de los bienes del Estado.

Esta inalienabilidad formalmente declarada por la ley-pacto de Valladolid de 1442 no es, sin embargo, la inalienabilidad del dominio público, sino la del patrimonio de la Corona, en el que se encuadraban ciertos

(16) Véase MANZANO, loc. cit., págs. 29 a 45, donde se recogen los textos de las leyes aludidas y de las peticiones de los Procuradores.

(17) LÓPEZ ROBÓ, cit., pág. 137.

(18) «Y es mi determinada voluntad que las dichas confirmaciones, e mercedes, las cuales se contienen en una carta firmada de mi nombre, y sellada con mi sello, que queda fuera de este mi testamento, sean en sí ningunas e de ningún valor, y efecto, e de mi propio motu, e cierta sciencia, e poderío Real absoluto, de que en esta parte quiero usar, e uso, las revoco, casso e anulo e quiero que no valgan, agora, ni en ningún tiempo, aunque en sí cortengan, que no se puedan revocar.» De la revocación de enajenaciones de la Reina Católica.

bienes, como por ejemplo las fortalezas, que fueron luego de dominio público. La inalienabilidad del patrimonio de la Corona no persigue la finalidad que en Roma persigió la de las cosas públicas, ni la que persigue actualmente la del dominio público. Esta inalienabilidad tenía una faceta pública relativa a impedir la división de los reinos, y junto a ella, un deseo de evitar la dilapidación del patrimonio real, lo que evidentemente producía una disminución de las rentas de los bienes de la Corona, lo que repercutía en un incremento de impuestos destinados al mantenimiento de la Corona y del Rey (19).

Nos parece, pues, acertado el juicio que algún sector de la doctrina extranjera formula en orden a que la inalienabilidad de los bienes de la Corona no puede confundirse con la del dominio público. Mas este juicio, por lo general, los franceses lo elevan nada más que al tiempo de las Ordenanzas de MOULINS, siendo así que tal precepto tiene una interesante historia anterior. Por otra parte, se intenta dejar sin historia a la inalienabilidad del dominio público, como si ésta hubiera sido inoperante con anterioridad a la doctrina moderna del Consejo de Estado.

Por lo que se refiere concretamente a España, encontramos la inalienabilidad del dominio público formulada, con independencia de la del patrimonio de la Corona, en los tiempos medios.

Así la ley II del título XVIII de la Partida III distingue las cosas que pertenecen a todas las criaturas, incluídas los animales; otras que pertenecen tan sólo a todos los hombres; otras que pertenecen al común de alguna ciudad, villa o castillo; otras que pertenecen señaladamente a cada hombre y que las puede ganar y perder, y otras que no pertenecen a señorío de ningún hombre ni se cuentan en sus bienes.

Desarrollando esta clasificación, la ley III del título y Partida citados establece que las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criatu-

(19) Estas finalidades de la inalienabilidad del patrimonio de la Corona se deducen de los textos de las peticiones de los procuradores de las ciudades en diversas Cortes, a las cuales prestaron su consentimiento algunos reyes, incluso con juramento. Véase, sobre la finalidad del patrimonio de la Corona, DUEZ ET DEBEYRE, cit., pág. 772. Con relación al destino regio que tenían ciertas rentas del patrimonio de la Corona, véase, en cuanto a su fundamento doctrinal, SUÁREZ, *De legibus*, libro 5.º, capítulo XV, núm. 1, y en cuanto a su fundamento legal en otras, CORTÉS DE BRIVIESCA, *Juan I*, de 1387, y en cuanto a su comentario, COS GAYÓN, ob. cit., págs. 48 y 49. PÉREZ EMBID, loc. cit.; GARCÍA GALLO, *Curso de Historia del Derecho*, I, pág. 312; MANZANO, loc. cit., pág. 22. Por lo que se refiere a la imposibilidad de enajenar los bienes de la Corona en Aragón y Navarra, nos remitimos al libro citado de LÓPEZ ROUÓ, págs. 78 y ss.

ras que viven en este mundo son el aire y las aguas de lluvia y el mar y su ribera, y cualquier criatura que viva puede usar de ellas, según fuera menester, y por ello todo hombre puede aprovechar el mar y su ribera, etcétera, regulándose incluso las construcciones que puede hacer en la playa. Tenemos en este precepto una confusión entre bienes comunes (aire, etc.) y bienes públicos (mar, litoral y playa).

La ley VI de la misma Partida y mismo título, bajo la rúbrica de *Cómo de los puertos, e de los ríos puede usár cada ome*, se establece que los ríos y los caminos públicos pertenecen a todos los hombres comúnmente, en tal manera que también pueden usar de ellos los que fuesen de tierra extraña, como los que moran o viven en la tierra donde están, añadiendo luego el precepto las facultades de usar las tierras limítrofes a los ríos que pertenecen a los dueños colindantes.

Tenemos, pues, en estos dos preceptos una clara formulación del dominio público del mar y de la playa, de los puertos, de los ríos y de los caminos. Obsérvese que estas cosas pertenecen, para el legislador de las Partidas, a todos los hombres comúnmente, y por ello la inalienabilidad no es necesario proclamarla, por estar en la propia definición de las mismas. Por otra parte, ya la ley II citada señalaba cuáles eran las cosas cuyo señorío se podía ganar o perder, y éstas eran las que pertenecen a cada hombre y no las demás.

La ley IX establecía que apartadamente son del común de cada ciudad o villa las fuentes y las plazas donde hacen las ferias y mercados y los lugares donde se reúnen en consejo y los arenales y los exidos y las carreteras y los montes y las dehesas y demás lugares semejantes. Establece luego el precepto el uso comunal de estas cosas.

Más adelante, la ley XI, bajo el título *En cuáles cosas los Emperadores y los Reyes tienen señorío propiamente*, se citan las rentas de los puertos y otros. Pero obsérvese cómo no se citan las cosas anteriores y cómo sólo tienen señorío sobre las rentas de los puertos; pero no sobre la propiedad de éstos (20).

Y es luego el título XIX de la misma Partida el que regula la pres-

(20) Dice ALVAREZ GENDÍN: «El Derecho romano influyó en la legislación de Partidas en cuyo cuerpo de doctrina legal el dominio público no era pertenencia del Rey, sino de la Corona, en cuanto a su uso y disponibilidad, y si se le atribuye la titularidad sólo en cuanto a la guarda y tenencia..., en cuanto a la disposición, protegido como estaba el dominio común de las cosas por la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, nadie podía hacer uso privado de tales bienes.» *Loc. cit.*, pág. 7.

cripción de las cosas. Se establece en su ley VII cómo las plazas, ni los caminos, ni las dehesas, ni los exidos, ni los otros lugares semejantes, que son del común del pueblo, no se pierden por tiempo. Existe aquí una evidente declaración de imprescriptibilidad para estas cosas del común de las ciudades que consideramos, con mucha más razón, aplicable al mar, a la playa, a los puertos, ríos, caminos, etc., que pertenecen a todos los hombres.

A la vista de estos conocidos preceptos de Las Partidas, puede apreciarse suficientemente la existencia de un dominio público, no perteneciente ni al Rey ni al patrimonio de la Corona, en el que revive la extracomercialidad de las cosas públicas romanas. Ni el Rey ni el Reino podían enajenar estas cosas porque no tenían su titularidad, ni mucho menos los particulares, por cuanto estos bienes no figuraban entre las cosas que se pueden ganar y perder, según la ley II del título XVIII de la Partida III (21).

Puede, pues, destacarse la existencia en este tiempo de una doble inalienabilidad. Por una parte, la del dominio público, y por otra, la del patrimonio de la Corona. La primera va a perdurar en el tiempo, y depurada llegará hasta nuestros días. La segunda sufrirá profundas transformaciones, sobre todo a partir de la Revolución francesa, y llegará a nuestros días, no como inalienabilidad, sino más bien como la necesidad de que para vender los bienes del Estado exista una ley. La doctrina francesa señala el año 1790 como el en que se produce el cambio de la inalienabilidad de los bienes de la Corona, consecrada por las Ordenanzas de Moulins, por la de la posibilidad de enajenar con ley (22).

(21) No reconocida la personalidad jurídica del grupo —dice ENTERRÍA, siguiendo a GIERKE—, se carece de arbitrio técnico para imputar a éste la titularidad de las cosas de uso público, que es el primer requisito dogmático del demanio en cuanto propiedad. De ahí que, pasando a primer plano la circunstancia del uso colectivo, deba explicarse el régimen de las cosas, bien según la construcción de la comunidad *gesamte Hand*, bien, según las fuentes romanizadas, conforme a la teoría de las cosas comunes. Véase la aplicación de esta tesis con relación al derecho intermedio, en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, Sevilla, 1934, I, pág. 331.

(22) En el texto hemos examinado la evolución del principio de la inalienabilidad del patrimonio de la Corona en España; pero también en Francia existe una evolución de este principio, que es la siguiente: los reyes francos eran considerados más como jefes de sus súbditos que como jefes de un territorio, y no pudieron asimilar la formación romana. Por ello consideraron el territorio como una especie de patrimonio que dividían entre sus hijos y que enajenaban a sus fieles. Tanto los merovingios como los

Fué entonces cuando, suprimida la inalienabilidad del patrimonio de la Corona, renace la inalienabilidad del dominio público, no como una creación de la ciencia del siglo XIX, sino como una actualización de un

carolingios donaron villas; igualmente se otorgaron honores, derechos regalianos y cartas de inmunidad, existiendo casi una desaparición de impuestos.

Se llega así a la Ordenanza de Moulins de febrero de 1566, que se constituye como una ley fundamental que consagra la inalienabilidad del dominio de la Corona. El estudio de la citada Ordenanza lleva a la conclusión de que la inalienabilidad es una consecuencia del juramento que los reyes hacen en su consagración, y por otra, que la citada Ordenanza no crea la inalienabilidad, sino que codifica un derecho preexistente. Las enajenaciones realizadas con anterioridad a 1566 fueron convalidadas en 1790. La Ordenanza da una definición, en su artículo 2, del dominio, y junto a un dominio fijo constituido por los derechos regalianos (que ya fueron defendidos como inalienables por PIERRE DE CUCNÈRES en la asamblea de Vincennes en 1329), las minas, los montes, etc., se encuentran los provisionalmente alejados del dominio, entre los que se encontraban los irregularmente enajenados y el patrimonio privado del rey, si bien este último sufrió muchos intentos de diversos reyes de ser enajenados. Como excepción de la inalienabilidad, se citan *l'apavage*, *l'engagement* y los *petits domaines*, es decir, aquellos que por su poca importancia era más conveniente enajenarlos que no montar para ellos una administración complicada.

El Decreto de 1 de diciembre de 1790 deroga explícitamente el principio de la inalienabilidad de la Corona. Se establece en él la propiedad de la nación, y por ello la facultad de enajenar dicho patrimonio reside igualmente en la nación. Se afirma la insignificancia de las rentas del patrimonio en relación con los impuestos, y por ello se afirma que la enajenación de tales bienes es una cuestión de oportunidad. Se declara que la enajenación sin el concurso de la nación es nula y válida con dicho concurso. Las enajenaciones hechas antes de 1566 son convalidadas por este Decreto y se declaran revocables las posteriores a dicha fecha. Véase *L'évolution du principe de l'inalienabilité du domaine de la Couronne, depuis sa formation jusqu'à son abrogation. Cours d'Histoire du Droit Public. Diplôme d'études supérieures de Droit Public et Droit Romain et Histoire de Droit 1949-1950. Les cours de Droit* por GRANDCLAUDE.

Los monarcas de los siglos XVII y XVIII usaron el edicto de Moulins para recobrar cosas de utilidad pública, según dice BARCKHAUSEN. Luis XIV declara que los ríos navegables y sus accesorios son de su plena propiedad (febrero 1710). Para este autor no es posible encontrar en los textos del antiguo régimen el germen de las cosas de dominio público, si bien reconoce que DOMAT habla de ellas en sus obras. Sobre el dominio público en el antiguo régimen, véase BARCKHAUSEN, *Etude sur la théorie générale du domaine public*, en «Revue de Droit Public», en especial págs. 407-13. GRANDCLAUDE, en su citado curso sobre la evolución de la inalienabilidad, cita que la doctrina romana de las cosas públicas se formula en Francia por LOISSEAU en el siglo XVI, al tratar de los ríos, que no pertenecen ni al rey ni a los señores. DOMAT, BRILLOU, LEFEBVRE DE LA PLANCHE y BOSQUET, y sobre todo en un *arrêt* del Parlamento de Burdeos que declara que el mar, las riberas y los ríos no son una verdadera propiedad en manos del Rey, sino más bien un depósito que le es confiado de la cosa pública y común, para conservarla, protegerla, para hacerla más útil a todos los ciudadanos. No se puede mantener que tales cosas fuesen del dominio. Esta tesis fué reconocida como exacta por Luis XVI. Véase el curso citado de GRANDCLAUDE, que constituye un interesante estudio histórico de la inalienabilidad del patrimonio de la Corona en Francia.

principio anterior, cuya existencia estaba en parte asumida por la inalienabilidad del patrimonio de la Corona. No es de extrañar que en los tiempos medios no estuviera formulada específica y formalmente, porque en los tiempos modernos tampoco fué formulada en muchos Códigos que aceptan plenamente la doctrina del dominio público (23).

Ya, por lo que que hace a nuestros tiempos, en España la ley desamortizadora de 1.º de mayo de 1855 declaró en estado de venta todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al Estado. Pues bien, ni el artículo 1.º ni el 2.º de dicha ley declararon nada en orden a la venta ni a la excepción de venta del mar, playas, ríos, cauces, caminos, puertos, puentes, etc. La realidad era que ni la declaración de venta ni la excepción de venta eran necesarias, pues, como siempre, la inalienabilidad de tales bienes se daba por supuesta. No es, pues, que los ríos, playas, caminos, etc., estuvieren exceptuados de la desamortización; lo que ocurría era que tales bienes ni siquiera había razón para plantearse el problema de su venta. Sin embargo, y esto es muy significativo, el apartado primero del artículo 2.º de la citada ley exceptuaba de la venta a «los edificios y fincas destinados, o que el Gobierno destinase al servicio público».

Debe hacerse notar la diferencia que ya en 1855 se hace de los bienes del Estado en orden a su posibilidad de enajenación: *a)* unos cuya venta se ordena; *b)* otros que, no obstante estar incluidos en la orden de venta, se exceptúan de ella, tales como los edificios y fincas destinados al servicio público; y *c)* otros que ni siquiera hay que mencionarlos al tratar de la enajenación, porque tales bienes resultan incompatibles con la venta. Así tenemos, junto a unos bienes patrimoniales, unos edificios destinados a servicios públicos y un dominio público clásico.

Por lo que se refiere a la incorporación al Código civil de la doctrina del dominio público, FERNÁNDEZ DE VELASCO ha puesto de relieve la tradición española, anterior al Código, respecto a la existencia de esta clase de bienes definidos por su destino y no por su titularidad (24).

El Código civil español no declaró la inalienabilidad del dominio pú-

(23) La doctrina francesa reconoce la formulación jurisprudencial de la regla de la inalienabilidad. En nuestro Código civil no existe tampoco formulación de la misma. Sin embargo, la inalienabilidad del dominio público se impone por encima de nuestras leyes, como en otro tiempo se impuso la imposibilidad de vender los ríos, las playas, los puertos, etc.

(24) Sobre la incorporación al Código civil español de la noción de dominio público, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», núms. 8, 9, 10 y 11, dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN, Madrid, 1942. En especial, págs. 119 y ss.

blico y fué la doctrina la que formuló la regla, que, por otra parte, estaba ya en la naturaleza de la institución, al menos por lo que se refiere al dominio público tradicional. La ley de Régimen local de 1950, en su artículo 188, ha declarado que los bienes de dominio público, mientras conserven este carácter, y los comunales, serán inalienables, imprescriptibles e inembargables y no estarán sujetos a tributación del Estado.

3.—BREVE ALUSIÓN AL DERECHO CANÓNICO.

Las cosas temporales constituyen en el Derecho canónico una materia que encuentra adecuada regulación. Para nuestro estudio ofrece especial interés los efectos de las enajenaciones de bienes eclesiásticos temporales, que incumplen los requisitos y exigencias establecidos en el Código de Derecho canónico.

El canon 1.497 distingue en los bienes eclesiásticos los sagrados y no sagrados. Se consideran sagrados los bienes muebles o inmuebles que han sido destinados o afectados al culto divino en virtud de una consagración o de una bendición. No basta el uso ni la naturaleza, ni la forma de los bienes; es necesaria la consagración o la bendición de los bienes para que tengan la calificación de sagrados. NAZ distingue también en el patrimonio eclesiástico los bienes afectados a un servicio público y que constituyen el dominio público (iglesias, seminarios, etc.) y el dominio privado, que son bienes que la Iglesia posee y explota de la misma manera que los particulares (25).

La simonía es materia canónica que afecta, en parte, a la enajenación de ciertos bienes temporales anejos a un bien espiritual. La simonía cabe tanto si la cosa vendida es espiritual o si es temporal, unida de modo inseparable a otra espiritual, o si esta unión es separable. Sin embargo, no constituye simonía la venta de objetos consagrados, cálices, cruces, rosarios e imágenes, si no se aumenta el precio de dichos objetos por causa de la consagración, bendición o indulgencias. Se desprende, pues, que lo esencial en la simonía es que se dé o se acepte como precio de lo espiritual, de tal manera que se iguale en la estimación lo espiritual con lo material.

(25) *Dictionnaire de Droit Canonique*, Paris, 1937, t. XII, voz *Bien ecclésiastiques ou temporels*, pág. 838.

Interesa destacar a este respecto que los contratos simoníacos son completamente nulos y no anulables (26).

Mas prescindiendo de la simonía, cuya relación con las ventas de dominio público es muy relativa, detengámonos en los efectos que producen las enajenaciones de bienes que no pueden venderse sin la autorización legítima. Según el canon 1.281, las reliquias insignes o imágenes preciosas, y asimismo todas las demás reliquias o imágenes honradas en alguna iglesia con gran veneración por el pueblo, no pueden válidamente enajenarse ni trasladarse perpetuamente a otra iglesia sin permiso de la Sede Apostólica. Por su parte, el canon 1.530 determina los bienes eclesiásticos que no pueden enajenarse sin licencia del superior legítimo. Son ellos los inmuebles y muebles que cuidándolos puedan conservarse. Lo importante es en estos casos la licencia del superior; es requisito para la validez de la enajenación, determinando su omisión la nulidad de la venta. En estos casos la persona moral a la que pertenecían los bienes tiene acción real contra cualquier detentador y, por tanto, puede reclamar los bienes enajenados a quien los posea si el precio no hubiese sido dilapidado por quien hubiese vendido. El poseedor tiene acción personal cuando es desposeído contra el administrador que le ha producido error. En los casos en que la enajenación no es nula, aunque sea ilegítima, la persona moral propietaria tiene acción contra los administradores y sus herederos a título universal, para obligarles a reparar los perjuicios causados (canon 1.534). También debe destacarse la amplitud de la legitimación activa para actuar contra las enajenaciones inválidas de los bienes eclesiásticos, que la poseen el que enajenó la cosa, su superior, el sucesor de entrambos en el oficio y cualquier clérigo adscrito a la iglesia que sufrió el percance (27).

(26) En especial, véanse cánones 727 a 730 del Código de Derecho Canónico, así como también los comentarios de TORRUBIANO en su obra *Novissimas Instituciones de Derecho canónico*, 2.^a parte, Madrid, 1920, págs. 11 y ss. Junto a la simonía de derecho divino examina este autor la de derecho eclesiástico, que es la permuta de una cosa temporal unida a otra espiritual, por otra cosa temporal también unida a otra espiritual, o de bienes espirituales por espirituales, o de bienes temporales por otros temporales, siempre que esté prohibida por la Iglesia por razón del peligro de irreverencia de la cosas espirituales.

(27) CANCE Y ARGUER, *El Código de Derecho canónico*, I, Barcelona, 1934, pág. 970. Véase la voz *Alienation* en el *Dictionnaire de Droit Canonique*, cit., y GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, en su obra *Instituciones jurídicas en la Iglesia católica*, Madrid, 1942, vol. II, pág. 115. ALLORIO, *Il problema delle cose sacre*, en «Riv. di Diritto Priv.», 1934, 2, páginas 178 y ss. La decadencia del carácter extracomercial puro de las cosas eclesiásticas en los tiempos modernos en relación con la *res divini iuris romanas*, en BRONDI, *I Beni*, cit., págs. 181 y ss.

De lo examinado se deducen ciertas conclusiones interesantes para nuestro estudio. Por una parte, la distinción que se ofrece entre bienes que han de venderse previa licencia del superior, y los que pueden venderse sin ella. Distinción de quién sea ese superior según la importancia de los bienes vendidos (28). Rotunda nulidad de las enajenaciones realizadas sin licencia y regulación de los efectos de la nulidad y de las ventas ilegítimas.

II

4.—FUNDAMENTO DE LA INALIENABILIDAD.

No es nuestra intención exponer una serie de pensamientos de autores en orden al fundamento del principio de la inalienabilidad del dominio público. Preferimos más bien reducir a síntesis las tendencias más significativas que en el Derecho administrativo se ofrecen sobre esta cuestión. Con diferencia de matices, diversos autores pueden englobarse en lo fundamental de las distintas tendencias que sobre la materia pasamos a examinar.

A) *La inalienabilidad como consecuencia de la misma naturaleza del dominio público.*—Es la marcada corriente doctrinal en virtud de la cual las cosas del dominio público no son susceptibles de apropiación, de lo que se deduce la imposibilidad de transmitirlos. Se pretende llegar por este camino a una insusceptibilidad de las cosas del dominio público, para ser de propiedad privada. Mas, como afirma GUICCIARDI, si esta insusceptibilidad se entiende en un sentido físico, ningún bien los que hoy forman el dominio público presentan esta característica de un modo absoluto. Los ríos, las carreteras, etc., etc., son físicamente susceptibles de apropiación y, por consiguiente, de propiedad privada. Si, por el contrario, se pretende dar a la expresión insusceptibilidad de propiedad privada un sentido jurídico y no físico, nos encontramos sin fundamento para realizar tal afirmación. Tendríamos entonces que acudir a la idea de destino a un fin público, lo que constituye abiertamente una tendencia distinta y

(28) Esta matización se contrapone a la rigidez del artículo 6.º de la Ley de Contabilidad y Administración de 1911, que exige una ley para la venta de los bienes del Estado sin hacer distinciones, según la importancia de los mismos.

un fundamento distinto del que con esta doctrina se intenta mantener (29).

Esta tendencia se relaciona íntimamente con el carácter extracomercial del dominio público, del que se deduce la imposibilidad de enajenarlo. En modo alguno puede admitirse hoy en día que la extracomercialidad del dominio público sea consecuencia de la naturaleza de las dependencias del mismo (30).

Con relación al Derecho positivo español, no puede mantenerse la validez de esta tendencia, pues manifiestamente pertenecen al dominio público y son inalienables los edificios que, según la tesis criticada, son susceptibles de propiedad privada según su naturaleza (31).

B) *La propiedad colectiva como fundamento de la inalienabilidad del dominio público.*—Una tendencia importante niega que la titularidad del dominio público corresponda a la Administración. La propiedad de las dependencias de dicho dominio —o al menos de parte importante del mismo— corresponden a la colectividad social, a la sociedad misma y, por tanto, la Administración no puede transmitir la propiedad de lo que no le pertenece.

Así ha podido decir PROHUDON que dominio público es el poder de regir y administrar las cosas que por ministerio de la ley están destinadas al uso de todos y cuya propiedad a nadie pertenece (32). El Estado no

(29) GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, págs. 29 y 30. Por todos los representantes de esta tendencia, BERTHELEMY, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 2.ª ed., París, 1902. En especial, en la pág. 394 habla de la imposibilidad de vender un puerto, un río, un trozo de la plaza pública, frente a la posibilidad de vender un edificio. El destino a un servicio público no basta para cambiar el carácter jurídico de los mismos, porque no cambia su carácter natural. Véase la interesante explicación de INCROSSO de la inalienabilidad por naturaleza originaria, absoluta y necesaria del dominio público, en *Il regime giurídico dei beni pubblici. La inalienabilità*, en «Rivista Italiana per le Scienze Giurídiche», 1930, págs. 424-26.

(30) El punto de vista que BERTHELEMY deducía, naturalmente, de su teoría del dominio público, cosa fuera del comercio insusceptible de apropiación, está hoy abandonada. LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, 1953, pág. 764. Expresa BIONDI que no siempre la inalienabilidad es consecuencia del carácter *extracomercium* de los bienes; por ejemplo, los bienes dotales: *I Beni* Torino, 1956, pág. 179.

(31) Véase art. 338 del Código civil y art. 182 de la Ley de Régimen local, desarrollado en el Reglamento de bienes de las Corporaciones locales, en especial artículo 2.º y siguientes.

(32) PROHUDON, *Traité du domaine public*. 1834, vol. I, pág. 63, citado en GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*. Sexta ed. por MARTÍNEZ USEROS, I, pág. 395.

Según GASCÓN Y MARÍN, «los bienes del dominio público están colocados bajo la autoridad exclusiva del Estado, es cierto; pero el uso de los mismos, la verdadera utilización del dominio, en nada semeja el uso y utilidad de las cosas de Derecho privado.

posee, para estos autores, una titularidad, sino un poder de vigilancia, de policía; pero no la facultad de usar ni disponer.

La crítica de esta tesis reside en la superación actual de la misma, no ya como fundamento de la inalienabilidad, sino como explicadora de la naturaleza del dominio público. Hoy es comúnmente aceptado como requisito subjetivo del dominio público el que pertenezca la propiedad de la cosa a un ente público (33). Pero no es ello sólo, sino que, de admitirse el fundamento de la inalienabilidad, en la falta de titularidad de la Administración, se tendría sólo fundamento para aceptar la inalienabilidad de una parte del dominio público —que pudiéramos llamar natural—, pero no encontraríamos fundamento de la inalienabilidad de otro sector importante del dominio público —edificios, construcciones— cuya titularidad es, desde luego, administrativa y que posee hoy la misma inalienabilidad que pueda tener el resto del dominio público (34).

Aun admitiendo que la propiedad de los bienes de uso público no pertenece al Estado, sino a la sociedad, nos encontraríamos con que una es-

El Estado, al regular, no utiliza directamente en provecho personal la cosa que está afectada a un servicio público, y, más que un derecho de dueño, ejercita acción de poder de público, función de policía de reglamentación jurídica». *Tratado de Derecho Administrativo*, 1955, pág. 384. A este respecto llega a decir que el que la idea de inalienabilidad pueda estimarse como unión indisoluble de la propiedad al propietario, no es convincente la idea de propiedad pública estatal.

(33) BALLBÉ, *El concepto del dominio público*, separata de la «Revista Jurídica de Cataluña», págs. 8 a 16. También GUICCIARDI loc. cit., pág. 28. GARCÍA OVIEDO dice: «A la nota de finalidad hay que agregar otra subjetiva. Para que un bien tenga carácter público, es indispensable que, a la satisfacción de una necesidad social, se añada la de ser propiedad de un sujeto de la Administración. Entonces es cuando surge el dominio público.» Loc. cit., I, pág. 392.

(34) La propiedad del pueblo de las cosas públicas en Roma, véase en LÓPEZ RODÓ, capítulo I de su obra *El Patrimonio Nacional*, Madrid, 1954, C. S. I. C., donde señala la distinción entre el *fiscus* —hacienda del emperador— y el *aerarium*, que era la hacienda del pueblo o conjunto de bienes pertenecientes a la colectividad, pág. 19.

Un interesante comentario de los artículos 338 y 339 del Código civil español se recoge en las recientes ediciones que MARTÍNEZ USEROS ha hecho del *Derecho administrativo* de GARCÍA OVIEDO. Al comentar la distinción del Código entre bienes de uso público y bienes de servicio público, se señala que el adverbio «privativamente» que se emplea para los segundos indica una contraposición entre la titularidad del Estado, como persona moral, y aquella otra pertenencia de naturaleza no privativa, que corresponde a la sociedad, sobre las cosas de uso común. Para el Código civil, el dominio público no es sinónimo de propiedad de un ente público, ya que la idea de propiedad o pertenencia privativa queda rechazada para los bienes enumerados en el apartado primero del artículo 339, que no dice pertenezcan a nadie en concreto o privativamente. Véase, sobre la idea de propiedad colectiva del dominio público, las RR. OO. de 17 de diciembre de 1860 y 31 de diciembre de 1862.

pecie bien significativa de los mismos, como los caminos y carreteras, al dejar de estar destinados al uso general, pasarían a ser de propiedad privada del Estado, según establece el Código civil. Fenómeno éste de mera desafectación que implicaría nada menos que un cambio de titularidad en cuanto que, de bienes de la sociedad, habríanse convertido, sin título alguno de transmisión, en propiedad del Estado (35).

Aun cuando HAURIUO es partidario de la tesis de la afectación como fundamento del dominio público, mantiene, por lo que se refiere a la inalienabilidad, que ésta consiste en una incapacidad administrativa de vender más que en una indisponibilidad real. No es que los bienes de dominio público no se puedan físicamente vender, es que la regla de la inalienabilidad del dominio público, como la de los fondos dotales, consiste en una incapacidad personal que recae sobre las Administraciones públicas propietarias fiduciarias del dominio público, que tienen el deber de conservar su destino, deber sancionado por la incapacidad de vender sin una desafectación previa (*Précis*, más adelante citado, pág. 620). Este pensamiento de HAURIUO, del dominio público como propiedad fiduciaria de la Administración, bien merece ser recogido en este apartado, sin perjuicio de que sea un autor, como dijimos, que ve en la afectación el fundamento de la inalienabilidad.

Esta idea de la incapacidad personal, como característica de la inalie-

(35) No deja de resultar curiosa la redacción del artículo 341 del Código civil, que establece que «los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados *al uso general* o a las necesidades de la *defensa del territorio*, pasan a formar parte de los bienes de *propiedad del Estado*». Obsérvese cómo la desafectación determinadora de pasar a la propiedad del Estado sólo opera en relación con los bienes de uso general (*uti singuli*) o *uti universi* (necesidades de la defensa del territorio), pero no en relación con los bienes de dominio público destinados al servicio público, para los cuales la desafectación no produce entrar en el ámbito de la propiedad del Estado, por cuanto ya pertenecían al Estado durante el tiempo de afectación al servicio público. Con respecto a los bienes destinados a la defensa nacional, resulta la afirmación contradictoria con la pertenencia privativa del Estado, que proclama el apartado 2.º del artículo 339.

Opinión muy extendida es que el artículo 341 quiere decir que la desafectación de los bienes de dominio público produce el efecto de que a partir de ese momento pasan a formar parte de la propiedad *privada* del Estado. El precepto, sin embargo, no emplea el adjetivo «privada», ni tampoco se refiere a los bienes que pertenecen privativamente al Estado y están destinados a algún servicio público.

Como queda dicho en el texto, aun admitiendo la falta de titularidad del Estado sobre los bienes de dominio público de uso general, quedaría sin fundamento, en nuestro derecho positivo, la inalienabilidad de los bienes de dominio público destinados a algún servicio público, ya que los mismos pertenecen privativamente al Estado durante la afectación a dicho servicio.

nabilidad, frente a la indisponibilidad real, no es por nosotros compartida, porque la inalienabilidad del dominio público no deriva de los sujetos u órganos de la Administración, sino de los bienes que no serán inalienables por su naturaleza física, pero sí por su destino o afectación. La idea de una propiedad fiduciaria no nos parece convincente.

C) *La afectación, fundamento de la inalienabilidad.*—Puede considerarse como doctrina dominante la de los autores que piensan que el régimen jurídico-administrativo del dominio público tiene por base la idea de afectación, entendiéndose por ésta el destino a una función pública que se da a ciertos bienes de la Administración (36).

La afectación, esto es, el destino de unos bienes de propiedad administrativa a un fin público, marca para la doctrina dominante el fundamento de la inalienabilidad del dominio público. Es la afectación la que fija la iniciación de esa inalienabilidad, así como también la desafectación es la que determina el cese de la inalienabilidad.

La afectación opera indiscutiblemente en el régimen administrativo español, ya que el Código civil determina el concepto del dominio público, no sólo en función de las personas a quienes pertenecen los bienes, sino también en función del destino que se da a los que pertenecen a la Administración (37).

(36) El fundamento moderno de la inalienabilidad es en realidad la afectación del dominio público, según LAUBADÈRE, *Dominalité publique, propriété administrative et affectation*, en «Revue de Droit Public», 1950, págs. 5 y ss. También en su *Tratado*, cit., pág. 764. La misma idea en HAURIU, *Precis de Droit Administratif*, París, 1933, pág. 789; en GARCÍA OVIEDO, obra citada, edición de MARTÍNEZ USEROS, I, págs. 406 y 407; en BALLBÉ, *Concepto del dominio público*, cit., págs. 27 y ss.; en DUVERGER, *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, 1940; en GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., págs. 47 y ss.; en MAROGER, *L'affectation a l'usage public des biens des patrimoines administratifs*; en DURAND, *Desaffectation et déclassement des biens du domaine public*, en «Revue de Droit Public», 1956, pág. 233. En España, GARCÍA DE ENTERRÍA ha estudiado recientemente la influencia de la afectación y de la desafectación en el régimen de los bienes del dominio público, llegando a afirmar que «la afectación o *publicatio* explica, justifica y mide el conjunto íntegro de las particularidades dogmáticas del dominio público, y, entre ellas, las fundamentales de su inalienabilidad y su imprescriptibilidad». Sobre la imprescriptibilidad del dominio público, en el núm. 13 de esta REVISTA, pág. 20, trabajo que también puede verse en los *Estudios en homenaje al profesor García Oviedo*, publicado por la Universidad de Sevilla. Véase también la afectación como fundamento de la inalienabilidad en PLANIOL y RIPERT, *Traité*, vol. III, págs. 124 y 125.

(37) Véanse los artículos 339 y 341 del Código civil; 184, 185 y 186 de la Ley de Régimen local, así como los artículos 2 y siguientes del Reglamento de bienes de las Corporaciones locales. Sobre la idea de destino de los bienes en el Código civil, véase FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Sobre la incorporación de la noción de dominio público al Código civil español*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1942, donde estudia

Esta vinculación tan estrecha entre afectación e inalienabilidad que se da en la doctrina dominante ha hecho pensar que el régimen de la inalienabilidad del dominio público no consiste tanto en la imposibilidad de enajenar como en la exigencia de un requisito de forma que ha de darse en la enajenación de los bienes del dominio público. Dicho requisito consiste precisamente en la desafectación previa. No debe hablarse de una inalienabilidad, ya que la Administración puede enajenar desafectando. Más bien podría hablarse de una posibilidad de enajenación sometida al previo requisito de desafectación (38).

Mas estas afirmaciones no pueden destruir la inalienabilidad del dominio público por la sencilla razón de que ese requisito de forma, que se pretende sea la inalienabilidad, determina por sí mismo la cesación del dominio público, lo que implica que la venta posterior no es de dominio público, pues la desafectación extingue dicha cualidad. Por otra parte, la relatividad de la inalienabilidad que dicha doctrina implica no es tan excesiva, ya que la autoridad administrativa competente, para producir la desafectación, no sería competente para autorizar la venta (39).

Debemos, pues, afirmar que en la actual coyuntura del Derecho administrativo el régimen del dominio público encuentra su fundamento en la afectación. Siendo, por tanto, la inalienabilidad una de las principales piezas de dicho régimen jurídico-administrativo, hay que concluir que su fundamento actual se encuentra en la afectación. Sin embargo, queda por precisar lo más importante, esto es, qué sea y en qué consiste esta

la contradicción de la rúbrica con que el Código titula esta materia frente a la regulación de la misma, en que pesa fundamentalmente el destino que se dé a los bienes.

En cuanto a la idea de desafectación, véase el artículo 341 del Código civil y el número 5 del artículo 8.º del Reglamento de bienes de las Corporaciones locales de 27 de mayo de 1955.

(38) WALINE, *Manuel Elémentaire de Droit Administratif*, 4.ª ed., París, 1946, página 444. La inalienabilidad, dice, es una expresión desgraciada, ya que en derecho privado la inalienabilidad de ciertos bienes que no pueden venderse obedece a que las partes están sometidas voluntariamente a unos textos que ellos no pueden modificar. Por el contrario, corresponde a las autoridades cualificadas del Estado hacer cesar la inalienabilidad de cierto bien del dominio público desafectándolo. La inalienabilidad no significa que el bien del dominio público esté fuera del comercio, sino solamente que toda venta es nula si no ha sido precedida de una formalidad por la que el bien no es necesario a la Administración.

(39) Al menos para los bienes del Estado, el artículo 6.º de la Ley de Contabilidad y Administración de 1 de julio de 1911 exige una ley para enajenar los bienes de la Hacienda Pública, entre los que se incluyen los desafectados del uso o servicio público.

inalienabilidad; y si por el imperio de dicho principio son imposibles todas las transmisiones de los bienes del dominio público.

La idea de afectación al uso de los ciudadanos adquiere en DE VALLÉS un relieve singular al contraponer la inalienabilidad a la indisponibilidad. Para este autor la inalienabilidad hace referencia a la función pública de los bienes, que no puede ser suprimida por la Administración, por cuanto la afectación al uso general ha creado un derecho público subjetivo en los ciudadanos que imposibilita el cese de dicho destino, aunque sí permite su modificación. Este es el verdadero sentido de la inalienabilidad de DE VALLÉS, que hace referencia al goce y no a la titularidad del dominio público. La indisponibilidad, por el contrario, hace referencia a la titularidad del dominio público, que continúa siendo una figura civilista propia del comercio privado. Lo que ocurre es que mediante normas de orden interno —que no afectan a los ciudadanos— se limita la libertad de enajenación sobre los bienes que tienen los órganos administrativos, constituyéndose así la indisponibilidad de los mismos. De esta manera la inalienabilidad es una regla externa de Derecho administrativo que no hace referencia a la titularidad de las cosas, sino a la imposibilidad de hacer cesar el uso que los particulares tienen sobre el dominio público, lo que constituye un derecho subjetivo, protegido por la inalienabilidad. La indisponibilidad es una norma añadida de mero orden interior que para nada afecta a los particulares y que supone un límite a la libertad de vender los bienes de la Administración impuesta a los órganos administrativos. Hace referencia, no al goce, sino a la titularidad (40).

Creemos que es, desde luego, la afectación el fundamento de la inalienabilidad del dominio público, que se configura de esta manera, no como una indisponibilidad natural física, sino como una indisponibilidad teleológica o de destino. Física y naturalmente los bienes de dominio público podrían enajenarse; pero jurídicamente ello no puede hacerse en función del destino de los bienes. Lo que algunos autores han manifestado en orden a la relatividad de la regla de la inalienabilidad en cuanto que el dominio público puede venderse con desafectación previa, consideremos que resulta exagerado, por cuanto más que una relatividad de la inalienabilidad se trata de una relatividad de cierto grupo de bienes de dominio

(40) DE VALLÉS, *Inalienabilità del demanio pubblico*, en «Rivista de Diritto Pubblico», 1914, II, págs. 413 y ss., en especial pág. 418.

público que pueden perder tal carácter con un mero expediente de des-affectación. Pero mientras lo conserven puede afirmarse que enajenación a particulares y dominio público son conceptos antagónicos.

No vaya a pensarse que la inalienabilidad garantiza la afectación solamente. La afectación se garantiza mediante otra serie de instituciones distintas de la inalienabilidad, tales como la policía de caminos, etc. La protección que la inalienabilidad dispensa al destino de los bienes es peculiar y concreta, porque protege la afectación precisamente conservando la titularidad administrativa de los bienes. Decir, pues, que la inalienabilidad protege a la afectación es decir sólo una verdad a medias. La verdad total sólo se dirá cuando se afirme que la inalienabilidad conserva la afectación manteniendo la titularidad administrativa de los bienes. De aquí que discrepemos de quienes piensan que es válida la venta de los bienes de dominio público cuando el particular comprador se compromete a mantener el destino público de los bienes, bien mediante un usufructo, bien mediante cualquier contrato de goce. Tales figuras jurídicas protegerán la afectación, pero quebrantan la inalienabilidad en cuanto ésta supone una protección más rigurosa y más específica que la que puedan realizar otras características jurídicas del dominio público. MAYER critica la tesis de la validez de la venta de dominio público aun manteniéndose la carga de la afectación sobre los bienes, porque tal tesis sólo puede sostenerse admitiendo la antigua doctrina del fisco (41).

5.—NATURALEZA JURÍDICA DE LA INALIENABILIDAD.

Cuando se examina el panorama de la doctrina administrativa sobre el dominio público, se observa una gran unanimidad en proclamar el principio de la inalienabilidad de las dependencias del mismo. Sin embargo, no suele ser corriente encontrar demasiados trabajos sobre este principio, y los autores que detienen su atención en el mismo no coinciden siempre sobre su valor jurídico-administrativo. De aquí que debamos exponer diferentes criterios sobre el significado y la naturaleza de la inalienabilidad.

A) *La inalienabilidad como imposibilidad absoluta de transmitir.*—

(41) *Derecho administrativo alemán, edición española*, Buenos Aires, 1951, t. III, pág. 157, en nota.

Para muchos autores este principio ha de ser tomado en una manera absoluta, en el sentido de que la inalienabilidad comporta no sólo la imposibilidad de vender, sino también la imposibilidad de transmisión coactiva de los bienes del dominio público. Así, concretamente, LAUDADÈRE señala cómo la inalienabilidad supone no sólo la imposibilidad de las enajenaciones voluntarias, tales como las ventas, sino también las enajenaciones forzosas que incluyen las expropiaciones del dominio público (42).

B) *La inalienabilidad como transmisión previa desafectación.*—Aun cuando la doctrina admite que, previa la desafectación del dominio público, es posible la transmisión de los bienes que tuvieron dicho carácter, el pensamiento de WALINE, ya anteriormente recogido, ofrece la singularidad de mantener que más que de inalienabilidad debe hablarse de la posibilidad de enajenación con un requisito de forma: la desafectación. La inalienabilidad es una expresión desdichada que se diferencia fundamentalmente de la inalienabilidad del derecho privado en que los particulares, una vez sometidos a la regla que impone tal limitación, no pueden evadirse de ella, mientras que la Administración puede perfectamente enajenar los bienes del dominio público, previa la formalidad de la desafectación. LAUBADÈRE opone al pensamiento de WALINE que en la enajenación, previa desafectación, no se transmite el dominio público, ya que la desafectación previa supone el cese del mismo, por lo que durante el tiempo que los bienes pertenecen al dominio público, debe afirmarse el principio de la inalienabilidad (43).

C) *La imposibilidad de cesar la afectación y la posibilidad de enajenar la propiedad de los bienes del dominio público.*—Otro punto de vista que no deja de demostrar originalidad es el que mantuvo CAPITANT al comentar una decisión del Consejo de Estado francés. Para este autor la doctrina de la inalienabilidad del dominio público es inútil, pues basta con mantener que estando un bien afecto a una función pública, ningún acto, salvo la desafectación, ni incluso la venta del bien, puede contrariar la afectación sin que ello pueda implicar la nulidad de la venta operada sobre el bien de dominio público (44).

(42) Loc .cit., pág. 766.

(43) Véase lugar indicado en la nota anterior.

(44) CAPITANT ha formulado esta idea al comentar el arrêt Commune de Barran, V. C. E., 17 febrero 1932. Un Ayuntamiento vendió a un anticuario unas sillas de coro del siglo xv, prohibiendo el prefecto el traslado de las mismas por estar afectadas a los fieles por ley de 2 de enero de 1907, debiendo, por tanto, quedar a disposición de los

De esta manera, al mantenerse la validez de la compraventa, sin que con ello se ataque a la afectación del bien de dominio público vendido, que seguirá teniendo el mismo destino después de la venta, cae por tierra la tesis de la inalienabilidad de la propiedad para convertirse en la simple inalienabilidad de la afectación. Respetando, pues, la afectación, los bienes de dominio público pueden ser enajenados, ya que se transmiten al adquirente con la carga de la afectación que éste debe soportar.

WALINE se opone a esta doctrina afirmando que, a su juicio, la venta del dominio público no desafectado debe considerarse nula y, por tanto, su precio debe ser reembolsado al comprador, de lo que se deduce que la regla de la inalienabilidad es útil incluso en interés de los compradores de bienes de dominio público, ya que de nada les sirve a éstos la titularidad de unos bienes de los que no pueden disfrutar (45).

Con todo, este punto de vista de CAPITANT no deja de tener la utilidad de proclamar el carácter final de la afectación frente al carácter instrumental de la inalienabilidad, poniendo de relieve cómo en ciertas circunstancias —distintas de las del caso por él comentado— no existe incompatibilidad entre la enajenación del dominio público y la continuidad de su afectación. Sin embargo, en el terreno concreto de enajenaciones a particulares es donde, a nuestro juicio, existe más abierta incompatibilidad entre afectación y enajenación, pues de aceptar la tesis propuesta de la validez de la venta y la carga de la afectación para el nuevo propietario, podría llegarse a un fraude de los particulares compradores, que adquirirían bienes destinados al uso, goce y aprovechamiento de los demás.

D) *La inalienabilidad como imposibilidad de transmitir por los procedimientos de Derecho privado.*—Algunos autores reducen el ámbito de la inalienabilidad a la imposibilidad de enajenación por los procedimientos del Derecho privado, con lo que se excluye no sólo la enajenación por compraventa, permuta, donación, etc., sino también el embargo e hipoteca y también las que algunos llaman enajenaciones parciales, tales como las servidumbres de derecho civil. Por el contrario, se admite la existencia de derechos públicos subjetivos sobre el dominio público que tengan su base en títulos administrativos, como las concesiones.

mismos en la iglesia del pueblo. El Consejo de Estado confirmó, en la decisión comentada por CAPITANT, el arrété del prefecto.

(45) WALINE, ob. cit., pág. 766. También se oponen a la tesis de CAPITANT, DUVERGER, loc. cit., pág. 326, y LAUBADÈRE, *Traité*, cit., pág. 766, quien considera que no corresponde a las consecuencias que la jurisprudencia obtiene de la inalienabilidad.

Extendida la inalienabilidad en esta forma, no parece que excluya la posibilidad de transmisión por procedimientos de derecho público, sin que, por lo general, se haga referencia a la posibilidad de transmitir los bienes de dominio público entre entidades administrativas por procedimientos de derecho privado, aun antes de desafectarlos (46). Posibilidad esta última que no existiría fundamento para rechazarla si se admitiera la transmisión coactiva de los bienes de dominio público.

Creemos precisamente que estas posibilidades, por lo general poco estudiadas, ayudan a determinar la verdadera naturaleza de la inalienabilidad, y por ello las estudiamos a continuación.

E) *Nuestro punto de vista: la inalienabilidad garantiza la inseparabilidad de los bienes de la función pública, manteniendo la titularidad administrativa.*—La historia del dominio público conduce a la afirmación de que la garantía de la función pública y del uso público al que los bienes están afectos, constituyen, sin duda, el fundamento del régimen jurídico-público que es aplicable a tales bienes.

La inseparabilidad de los bienes de su destino público constituye la meta y razón de ser de la inalienabilidad. Sólo cuando el interés público exige tal separación, ésta se produce con la desafectación determinadora del cese del dominio público y de la inalienabilidad. Pero la regla de la inalienabilidad no sólo protege la afectación a una función pública, sino que la protege de una manera específica y propia. Protege la afectación conservando la titularidad administrativa o pública de los bienes. De aquí

(46) Dice MARTÍNEZ USEROS: «Ha nacido la teoría del dominio público como un régimen jurídico peculiar de los bienes afectados al uso o al servicio público. Su principio sustancial es la inalienabilidad por los procedimientos de derecho privado. El sentido de la limitación tiene bases obvias, ya que se establece en garantía de la permanencia de la afectación al fin público —de su uso o servicio—, y la misma no excluye su compatibilidad con otros objetivos de análoga naturaleza. En consecuencia, se rechaza toda posible enajenación jusprivatista de los bienes del dominio público, habida cuenta del daño o peligro que pudiera entrañar a la afectación o destino al interés público, por lo cual no cabe el embargo ni la hipoteca; pero sí es dada la existencia de derechos públicos subjetivos individuales, generados mediante instituciones de Derecho público (concesiones), e incluso ha sido planteada, aunque generalmente resulta de modo negativo, la posibilidad de expropiación de los bienes de dominio público, por virtud de un interés público considerado superior o prevalente a aquel a que estaban afectos.» *En Imprudencia de servidumbre sobre el dominio público, en Estudios en honor de García Oviedo*, citado, vol. I, pág. 166, y también en la edición sexta del *Derecho Administrativo de GARCÍA OVIEDO*, vol. I, pág. 400. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los derechos reales administrativos*, en «R. Crítica de D. I.», marzo-abril 1957, donde también se matiza entre el comercio privado y el público, en especial págs. 52 y ss.

que en este punto discrepemos de la tesis de DE VALLÉS cuando, ciñendo la inalienabilidad a la protección del goce, admite que esta regla no es incompatible con la transmisión a un particular de la nuda propiedad, si se mantiene el goce administrativo y el uso general. Reducir la inalienabilidad a la protección del mero goce o de la afectación, es admitir la validez de todas las transmisiones que no perjudiquen tal afectación. Ello supone negar la inalienabilidad del dominio público, porque la protección del uso y del goce administrativo se consigue con simples medidas de policía.

La inalienabilidad es tanto como la insusceptibilidad que tienen unos bienes, mientras sean de dominio público, para ser objeto de propiedad privada. Toda la extracomercialidad de que, a través de la Historia, han gozado las cosas públicas se ha identificado casi siempre con la afirmación de la insusceptibilidad de propiedad privada.

Ahora bien, la inalienabilidad del dominio público, precisamente porque garantiza la inseparabilidad de los bienes con su destino, no es incompatible, a veces, con las transmisiones de dominio público entre entidades administrativas. Pensemos en el supuesto de que ciertos bienes, cuya titularidad corresponde a una entidad administrativa, están afectos a un servicio que ésta gestiona. Como consecuencia de un cambio legislativo, de una reforma de la Administración, el servicio público al que estaban afectos se traspaşa a otra entidad administrativa. En tales casos puede venir impuesta o puede llegarse a una transmisión de propiedad de un bien que no ha dejado de ser público. Es el comercio público del dominio público, del que nos hablara MAYER.

De aquí que para comprender bien cuál sea la naturaleza de la inalienabilidad del dominio público, debemos examinar las distintas posibilidades de enajenación del mismo. En primer lugar, detendremos nuestra atención en la regla de la inalienabilidad ante las enajenaciones a particulares, y en segundo lugar, ante las enajenaciones a otras Administraciones públicas.

1.º *Enajenaciones a particulares.*—Es en esta materia donde la regla que estudiamos juega de manera más absoluta. No son posibles ni las ventas, ni las donaciones, ni otras formas de transmisión de la propiedad. La razón de este rigor viene dado porque tales transmisiones producirían, por lo general, la separación entre los bienes y su destino, y cuando ello no se produjera, en los raros casos en que el nuevo propietario cediera el

uso a la Administración, la afectación quedaría mucho menos protegida que si se mantuviera la titularidad administrativa (47).

Mas los supuestos que en esta materia pueden ofrecerse son tan variados, que debemos examinar *separadamente* cuatro de ellos que se sitúan en la zona fronteriza de la aplicación de la inalienabilidad. En primer lugar, estudiaremos las permutas de bienes, siendo uno de dominio público, con entrega aplazada del mismo hasta que se produzca la desafectación. En segundo lugar, los casos de venta con entrega aplazada hasta la desafectación. En tercer lugar, la aportación de dominio público a empresas mixtas, y, finalmente, las enajenaciones de dominio público con retención administrativa del goce, bien mediante usufructo, arrendamiento, etc.

a) En estos casos se trata de saber si pugnarían con la regla de la inalienabilidad las permutas de un bien de dominio público con otro de un particular, comprometiéndose la Administración a entregar el bien cuando estuviese desafectado, por estar el servicio ya funcionando en el otro edificio permutado. Se trata en estos casos de un contrato celebrado cuando el bien es todavía de dominio público, si bien cuando éste se entregue estará ya desafectado.

Conviene poner de relieve que, desde el punto de vista sociológico, semejante fórmula puede ofrecer soluciones muy favorables al interés público.

La admisión de tal fórmula no viene dada por el argumento de que al entregar la cosa, que es cuando en nuestro derecho se transmite la propiedad, ya aquélla no es de dominio público. Tal argumento no puede ser empleado porque los elementos del contrato, para que éste sea válido, han de darse al momento de la perfección y no de la consumación.

La validez de la fórmula propuesta surge de que no se contrata la permuta de dominio público, sino la de un bien para cuando deje de ser dominio público. No estamos, pues, en presencia de un contrato sobre

(47) Cualquiera que fuese el criterio en orden a la validez o nulidad de las ventas, estimamos que siempre el particular tendría derecho a obtener la devolución del precio, ya que si se mantenía la validez de la venta, lo que no podría hacer la Administración era entregar la cosa vendida y entonces el particular podría obtener la resolución del contrato. Si era nula no podría producir efectos y por ello procedería la devolución del precio. De aquí que no admitamos la tesis de WALNE de que la inalienabilidad del dominio público, al producir la nulidad de la venta, favorece al comprador, ya que aun cuando fuese válida, éste podría siempre obtener la devolución del precio por resolución. Tampoco aceptamos la tesis de CAPITANT, de la carga de la afectación para el particular, porque al venderse la cosa no se transmitía ni el uso ni el disfrute de la misma, lo que pugnaría con la idea de propiedad.

dominio público, que luego se intenta convalidar con una desafectación *a posteriori*, sino en presencia de un contrato en el que la Administración se compromete a desafectar y a entregar un bien patrimonial. La razón del contrato está en el interés público que coincide con una posible mejor instalación del servicio en el otro edificio permutado. Ni que decir tiene que habría que cumplir los requisitos exigidos en nuestra Ley de Contabilidad para la enajenación de los bienes del Estado.

b) Supuesto distinto, aunque parecido, es el de la venta de un bien afecto a un servicio público, comprometiéndose el comprador a adelantar el precio de la venta para que con su importe se construya otro edificio, al que sería trasladado el servicio una vez quedase aquél terminado. La Administración no entregaría el bien hasta que éste quedase desafectado, por entrar en funcionamiento el servicio en su nueva sede.

Desde la perspectiva del servicio público esta fórmula puede, en ocasiones, ofrecer soluciones favorables para el mismo. Realmente a lo que la Administración se compromete es a desafectar un bien y a entregarlo una vez desafectado. Planteándose la cuestión desde el punto de vista de la validez del contrato, consideramos que no existe falta de objeto, ya que se contrata para cuando el bien deje de ser de dominio público y, por tanto, adquiera carácter comercial.

En este aspecto hay que relacionar el problema con el artículo 1.271 del Código civil, que señala como cosas que pueden ser objeto de contrato todas las que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Admitiendo que los bienes de dominio público están fuera del comercio de los hombres, el contrato que se celebra, en nuestro supuesto, no recae sobre tal cosa en cuanto dominio público, sino que recae sobre una cosa para cuando deje de serlo o incluso, si se quiere, sobre una cosa que, jurídicamente aunque no físicamente, puede considerarse como futura, si damos a este término un sentido amplio (48).

(48) MAYEB considera que desde que se abandonó la doctrina del fisco la enajenación de dominio público no puede transferir la propiedad, ya que sólo sería válida si se subordinó a la condición tácita de una desafectación posterior. Ob. cit., t. III, pág. 157 en nota.

El artículo 1.271 del Código civil español mantiene, *a contrario sensu*, que no pueden ser objeto de contrato las cosas que están fuera del comercio; pero sí las futuras. El artículo 1.347 del Código civil italiano, encajado bajo la rúbrica del objeto de los contratos, establece que en los contratos sometidos a condición suspensiva o a término, serán válidos, aun cuando la prestación pactada fuese originariamente imposible, si se hubiese convertido en posible antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento

Incluso podría pensarse en la posibilidad de configurar estos dos supuestos que examinamos como contratos preliminares, precontratos o promesas de contrato de vender o de permutar cuando las cosas dejen de ser de dominio público.

Se advierte una dificultad para admitir esta obligación, que en uno y otro caso contrae la Administración, de desafectar los bienes de dominio público. Tal dificultad es la posibilidad de que al transcurrir el tiempo y antes de que se consume el contrato, la Administración considerase más conveniente para el interés público, por haber cambiado las circunstancias, que el servicio continuase en el mismo edificio. La cuestión consiste en saber si la Administración podría ser condenada a desafectar en virtud del contrato celebrado, aun siendo ello contrario al interés público, y si la Administración puede comprometer para el futuro el funcionamiento del servicio público comprometiéndose a desafectar. Este planteamiento

del término. Vid. BIONDI, *La vendita di cose fuori di commercio*, en *Studi in onore di S. Riccobono*, vol. 4.º, pág. I y ss.

En las fórmulas por nosotros defendidas en el texto no es que se pacte sobre un objeto imposible que luego devenga posible, es que se pacta sobre un objeto posible, cual es la entrega de la cosa para cuando deje de ser de dominio público. La doctrina del Código italiano, en su artículo citado, la creemos aplicable entre nosotros, aun cuando no esté expresamente formulada en el artículo 1.271 de nuestro Código. Este, por cierto, habla de la licitud y validez del objeto cuando se contrata sobre cosas futuras. Podrá tal vez configurarse la compraventa de dominio público por nosotros defendido en el texto, como compraventa de cosa futura, ya que ésta recae sobre una cosa que no existe en el momento del contrato. En nuestra fórmula la compraventa recae sobre una cosa que física- en el texto, como compraventa de cosa futura, ya que ésta recae sobre una cosa que no existe mente existe en el momento del contrato, aun cuando jurídicamente no pueda ser enajenada hasta que sea desafectada. Una inexistencia física o una existencia probable (DE VISSCHER) o una existencia en germen (CUTURI) caracterizan a la compraventa de cosa futura, al menos dando a la futuridad un sentido restringido. En nuestro supuesto, la cosa que se vende existe en el momento de celebrarse el contrato. Vid. GABBA, *La contrattazione sui beni futuri vel diritto civile italiano*, Città de Castello, 1902. CUTURI, *Della vendita cessione e permuta*, 2.ª ed., Torino, 1915, pág. 164. DE VISSCHER, *La venta de cosas futuras et la théorie du risque contractuel. Etude de Droit Romain, suivie d'un examen de la jurisprudence moderne*. Bruselas, 1914. SALIS, *La compra-vendita di cosa futura*, Padova, 1935, quien matiza entre la compra de cosa futura que recae sobre una cosa que existirá en lo sucesivo, pero que es inexistente en el momento del contrato, y la *emptio rei speratae*, que recae sobre cosas existentes al momento del contrato; pero que las partes ignoran su existencia o su valor, o su calidad, cantidad, etc., pág. 244.

MESSINEO admite como objeto de contrato las cosas futuras, entre las que incluye, tanto las que no existen físicamente, como las que no están en el patrimonio de los contratantes. En un sentido amplio, la cualidad de cosa enajenable no sería adquirida por el dominio público hasta un tiempo futuro marcado por la desafectación. Ver *Dottrina generale del contratto*, 3.ª ed., Milán, 1952.

pone de relieve un cierto matiz administrativo del contrato y, por tanto, la posibilidad de la Administración de decidir en este punto con arreglo al interés público —como lo hace en la concesión, en el rescate, en el contrato de obras públicas— aun cuando si produce un daño al particular viniera obligada a la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

Admitimos, pues, la validez de uno y otro supuesto, porque no se trata de enajenaciones, con entrega diferida, intentadas subsanar con una desafectación *a posteriori*, sino de contratos que recaen sobre bienes que, si son de dominio público al celebrarse, se transmiten teniendo en cuenta la cesación de la demanialidad, que se opera en vista al interés público y no como consecuencia de una compraventa precipitada de dominio público.

c) El supuesto de aportación de dominio público por la Administración a empresas mixtas, constituídas para explotar servicios que, hasta tal momento, se gestionaban directamente por aquélla, ofrece también problemas en orden a la inalienabilidad del dominio público.

El hecho de que la empresa mixta tenga personalidad independiente de la Administración, hace pensar si no se habrá producido una transmisión de dominio público por el hecho de la aportación de unos bienes que, en buena doctrina, no pueden considerarse como desafectados, por cuanto el servicio no se ha interrumpido ni un solo instante. Cabría solucionar este problema estimando que los bienes han sido desafectados antes de aportarse a la empresa mixta, con lo que desaparecería cualquier cuestión sobre la inalienabilidad. Pero creemos que la realidad es otra, pues los bienes han estado afectos al servicio hasta el momento de constituir la empresa mixta y el servicio no se ha interrumpido ni un solo día y los bienes continúan afectos al servicio después de constituida dicha empresa.

Hay, pues, que partir de la aportación de bienes de dominio público. Lo que ocurre es que la empresa mixta se constituye como concesionaria de un servicio público y, por tanto, sus bienes sometidos a reversión al extinguirse la concesión. De aquí que algunos autores no consideren estas aportaciones de dominio público como verdaderas aportaciones, y otros consideren como bienes de dominio público a los de las empresas concesionarias siempre que estén afectos al servicio público sin que el fenómeno de la reversión implique propiamente un cambio de titularidad (49).

(49) Ver BALLBÉ, loc. cit., al estudiar el elemento subjetivo del dominio público. GIRÓN TENA ha detenido su atención, en las aportaciones de dominio público, a las em-

Sin entrar en estos problemas que escapan a nuestro tema, creemos válidas estas aportaciones siempre que la empresa mixta explote un servicio público sin que obsten al dogma de la inalienabilidad del dominio público, ya que en ellas se pone de relieve la inseparabilidad del bien de su destino, aun cuando cambie la forma de gestión.

Interesantes problemas de titularidad del dominio público se plantean también en relación con las aportaciones de bienes por la Administración a las empresas públicas dotadas de personalidad independiente. Mas aun cuando éstas se constituyen y denominan entidades de derecho privado, preferimos estudiar estas cuestiones al abordar más adelante el problema de enajenaciones de bienes entre entidades administrativas o de la Administración. Hemos limitado nuestro estudio en este apartado a las aportaciones a empresas mixtas, por cuanto en el seno de éstas figuran particulares, aun cuando nuestro pensamiento esté muy lejos de considerar a las empresas mixtas como entidades puramente privadas.

d) Si la esencia de la inalienabilidad es la inseparabilidad de los bienes de su destino, podría plantearse la cuestión de admitir las ventas de bienes de dominio público a particulares, comprometiéndose los compradores a dejar afectados los bienes a su destino administrativo mediante cualquier forma jurídica de cesión del uso. El concepto que DE VALLÉS, en Italia, y CAPITANT, en Francia, nos ofrecen de la inalienabilidad, parece conducir a soluciones afirmativas.

En estos casos hay enajenación, pero también existe respeto a la afectación. Consideramos incompatible a tales ventas con la inalienabilidad del dominio público, puesto que mediante dichas enajenaciones se habría extinguido el dominio público, aun cuando sobreviviase la afectación. Por otra parte, cualquier fórmula de cesión de uso que se arbitrara entre el

presas mixtas, expresando que cabe que estos bienes no se transmitan en propiedad, sino en goce, o que transmitiéndose en propiedad, se pacte su vuelta al dominio público al extinguirse la sociedad. Se pregunta: ¿qué clases de acciones pueden corresponder a la Administración por estas aportaciones?, ¿cómo representar por acciones unos bienes que al extinguirse la sociedad no van a servir a los acreedores para cobrarse? A su juicio, la aportación en propiedad o en goce del dominio público no constituyen aportación efectiva. Cree que no es posible representar en acciones aportaciones de esa clase, pero como tienen un valor económico que se puede fijar, si se convierte en acciones, debe contabilizarse como deuda de la sociedad. *Las sociedades de economía mixta*, Madrid, 1942, págs. 196 y 197.

El artículo 176 de la Ley de Régimen local establece que los Municipios podrán aportar exclusivamente la concesión, o también bienes, instalaciones y capital. No se precisa si estos bienes serán o no de dominio público.

comprador y la Administración ofrecería siempre mucha menos seguridad para el servicio público o para el uso general que la que ofrece la titularidad del bien en manos de la Administración. Incluso en aquellos casos en que cabe un comercio público del demanio, entre entidades públicas, estamos en casos muy distintos del que aquí nos ocupa. Primero, porque los bienes continúan siendo de dominio público aun en manos de una entidad distinta de la gestionadora del servicio, lo que constituye de por sí el juego de otras reglas, como la imprescriptibilidad, que protegen al servicio o al uso público. Segundo, porque al existir una titularidad administrativa y no una titularidad privada, se da una mayor garantía para la afectación.

En la forma en que anteriormente expusimos, la inalienabilidad no es sólo una garantía protectora de la afectación, sino la más rigurosa de dichas garantías, en cuanto que la protege manteniendo la titularidad pública de los bienes afectados. Como también en otra ocasión dijimos, cabe proteger la afectación admitiendo la venta válida de los bienes comprometiéndose el comprador a mantener el destino público de los bienes adquiridos. Mas tal protección resulta incompatible con la inalienabilidad que protege la afectación de los bienes, pero de una manera específica: manteniendo la propiedad administrativa. De aquí que, aun respetándose la afectación, pugnen con la inalienabilidad las ventas de nuda propiedad del dominio público con retención administrativa del usufructo, la venta del pleno dominio, manteniendo el goce la Administración y, en general, cualquiera otra enajenación que implique la titularidad del bien en un particular aunque se mantenga el destino público de los bienes.

La posibilidad de que la Administración tenga arrendados edificios de propiedad privada, en los que funcionan servicios públicos, no puede aducirse como argumento contrario a la interpretación que de la inalienabilidad del dominio público hacemos más arriba, por cuanto tales edificios arrendados no son de dominio público. Lo que nos parece pugnar con la inalienabilidad es convertir a la Administración en arrendataria de un bien afecto a un servicio público cuando era propietaria del mismo. El que la Administración pueda arrendar locales para afectarlos a servicios públicos, es cuestión distinta que no plantea problemas, ni de inalienabilidad, ni de dominio público.

2.º *Enajenaciones a otras Administraciones públicas.*—Al referirnos a las enajenaciones a otras Administraciones públicas, excluimos, natural-

mente, a las Administraciones de otros países, para las que habrán de regir, en todo caso, las mismas normas establecidas para las transmisiones a particulares. Aunque las Administraciones de otros países realicen también servicios públicos, creemos que por pertenecer la gestión de dichos servicios a otros Estados soberanos, no pueden incluirse dichas Administraciones en las reglas que a continuación vamos a establecer, que sólo tienen validez para las transmisiones de dominio público entre las distintas Administraciones públicas que conviven en el interior de un Estado.

Excepción a la imposibilidad de transmitir el dominio público a otras naciones, lo constituye el caso de emancipación de Estados protegidos o de separación soberana de territorio nacional, que originan cambio de titularidad en el dominio público. Así, el artículo 17 del Estatuto de Cataluña de 15 de septiembre de 1932 estableció que «los derechos del Estado en territorio catalán relativos a minas, agua, caza y pesca, los bienes de uso público y los que, sin ser de uso común, pertenezcan privativamente al Estado y estén destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, se transfieren a la Generalidad, excepto los que sigan afectos a funciones cuyos servicios se haya reservado el Gobierno de la República. Dichos bienes y derechos no podrán ser enajenados, gravados ni destinados a fines de carácter particular sin autorización del Estado». En el Tratado de París de 10 de diciembre de 1898 que puso fin a la guerra hispanoamericana se establecía que «España renuncia en Cuba y cede en Puerto Rico y en las otras islas... todos los edificios, muebles, cuarteles, fortalezas, establecimientos y vías públicas y demás inmuebles que con arreglo a Derecho son de dominio público». La plena soberanía de Marruecos, recientemente establecida, plantea también interesantes problemas de transmisión de dominio público.

El principio general en esta materia sigue siendo también el de la inseparabilidad de los bienes de su destino público, lo que cristaliza muchas veces en la imposibilidad de transmitir, si bien, como vamos a ver a continuación, esa misma inseparabilidad determinará en otras ocasiones la conveniencia de que se produzcan transmisiones de bienes de dominio público entre diversas entidades administrativas.

a) *Transmisiones a otras entidades administrativas que no implican cambio de afectación.*—Los supuestos más característicos que debemos recoger en este apartado son aquellos en los que un servicio público se traspa de la competencia de una entidad administrativa a la de otra distin-

ta. En estos casos se plantea el problema de si sería lícita la transmisión de los bienes de dominio público a la otra entidad, gestionadora del servicio, al fin de que no se produjera la separación de los bienes de su destino, al propio tiempo que se garantizaba la continua prestación de la actividad administrativa. Cabe también en este supuesto el cambio de titularidad de ciertos bienes de dominio público destinados al uso general, siempre que tal cambio de titularidad no afectase en nada al destino de los bienes.

Por lo que se refiere al traspaso de servicios públicos de la competencia de una entidad a otra, consideramos válida la transmisión que pueda operarse en la titularidad de los bienes de dominio público afectos a dicho servicio entre ambas entidades. Esta transmisión de bienes de dominio público la consideramos potestativa y, por tanto, no necesaria. Puede venir impuesta por la norma que produzca el traspaso de competencias; pero también puede convenirse libremente entre las entidades afectadas por dicho traspaso. No es, pues, de esencia de estos traspasos de servicios la necesidad de transmitir, aun cuando ello puede ser conveniente.

Con ello se llega a la conclusión de la validez de estas transmisiones, por cuanto con ellas no quiebra el principio de la afectación, sino que más bien se robustece. Si la transmisión viene impuesta y regulada en la norma que determine el traspaso, estaremos en presencia de lo que WALINE llamó «mutaciones demaniales» de naturaleza pública, pero distinta de la expropiación forzosa. Estaremos en presencia del comercio público del demanio que no afecta a la inalienabilidad, en cuanto ésta sustrae a dichos bienes sólo del comercio privado (50).

Mas también puede ocurrir que la norma no imponga, ni tampoco prohíba, la transmisión de titularidad de los bienes afectados al servicio traspasado. En tales ocasiones las entidades administrativas pueden convenir, con arreglo a formas de derecho privado, el cambio de titularidad del dominio público, para que no sufra la afectación ni se separen los bienes de su destino público. Estaríamos en tales casos en presencia de un comercio jurídicamente privado entre entidades públicas para fines públicos, que a nuestro juicio no pugna con el principio de la inalienabilidad (51).

(50) WALINE, *Les mutations demaniales. Etude des rapports des Administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*. Paris, 1925, pág. 173.

(51) En tales casos, aun cuando se realizasen compraventas civiles, deberían ajustarse a las formas administrativas de enajenación que se dan para los bienes patrimoniales.

Por lo que se refiere al cambio de titularidad administrativa del dominio público destinado al uso general, nos encontramos con que, por lo general, ésta viene atribuida al Estado, provincias o municipios, en virtud de una ley, y que, por tanto, cualquier cambio de titularidad supondría una modificación legal (52). Creemos que son válidas las transmisiones de titularidad de este dominio, siempre que se realice por disposiciones del debido rango legal. Por lo dicho estimamos que no sólo estaríamos en presencia, en estos casos, de un cambio de titularidad, sino también en presencia de un cambio de legislación. Sin embargo, en la mayoría de los casos lo que se traspasa, más que la titularidad, es la administración, contral, vigilancia, conservación y recaudación de tasas sobre dichos bienes, reteniendo la entidad administrativa originaria la titularidad de los mismos. Para contrastar en la práctica cuándo existe sólo un cambio de administración, o cuándo también un cambio de titularidad, nada mejor que investigar sobre a qué entidad administrativa le correspondería la propiedad de los bienes, si fueran desafectados del uso general, y, sobre todo, a qué entidad administrativa le correspondería cobrar el precio de venta del bien desafectado en el caso de que fuese enajenado (53).

Los cambios de propiedad entre entidades administrativas que no impliquen cambio de afectación, no caen siempre bajo la prohibición que pudiera, a primera vista, suponer la inalienabilidad del dominio público. Suponen facetas de las llamadas «mutaciones demaniales», que admite, por lo general, con mayor o menor amplitud, la doctrina (54).

(52) Por lo que se refiere a nuestro derecho positivo, el artículo 338 nos habla del dominio público del Estado, citando a los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y tros análogos. Por su parte, el artículo 184 de la Ley de Régimen local cita entre los bienes de dominio público municipal a los caminos, plazas, calles, pascos, aguas, fuentes, etc. El artículo 282 de la misma ley cita como de dominio público provincial los caminos, puentes, canales y otros análogos.

(53) Especial interés tiene sobre este punto el artículo 291 de la Ley de Régimen local, en que se habla de la posibilidad de traspasar a las Diputaciones los puertos que no sean de interés nacional y las carreteras que, incluidas en el plan general del Estado, revistan interés exclusivamente provincial. Añade el precepto que las obras traspasadas a las Diputaciones provinciales deberán revertir al Estado cuando adquieran interés nacional, siempre que las Corporaciones respectivas no puedan costearlas o sostenerlas, incurriendo en notorio abandono o negligencia. La reversión se acordará por el Consejo de Ministros, previa audiencia de la Corporación interesada e informe de los Ministros de Obras Públicas.

(54) En Francia, cita WALINE ciertas disposiciones que suponen mutaciones de-

Debemos, pues, concluir afirmando la validez de estas transmisiones que no están vedadas por el principio de la inalienabilidad. La razón de que esto sea así reside en que con ellas no se produce la separación de los bienes de su destino, ni tampoco aquéllos pierden la cualidad de dominio público. La titularidad y la afectación de los bienes de dominio público pueden incluso corresponder a dos entidades públicas distintas, sin que esta circunstancia atente necesariamente contra la inalienabilidad, ni mucho menos contra el carácter de dominio público de dichos bienes (55).

maniales. Un decreto de 9 de abril de 1811 donó los palacios de Justicia a los departamentos y ciudades. Otro de 16 de diciembre de 1811 donó también ciertos caminos a los departamentos. Una ley de 16 de abril de 1930 incluyó en las vías nacionales 40.000 kilómetros de caminos departamentales. Una simple decisión ministerial de 13 de septiembre de 1945 acepta la oferta gratuita al Estado, por diferentes departamentos, de 67 prisiones. Este autor admite los cambios de titularidad interna en el dominio público, aun siendo voluntarios, que implican un cambio en la entidad encargada de percibir las tasas del uso de los bienes transmitidos, así como de soportar los gastos de su conservación. También es al ente al que se transmite, al que corresponde percibir el precio en casos de venta por desafectación. Examina también WALINE las transmisiones de dominio público forzosas, pronunciándose favorablemente sobre su admisibilidad, pero con arreglo a normas distintas de las de la expropiación forzosa. Vid. *Les mutations*, cit., pág. 173.

En Italia, GUICCIARDI admite también los cambios de titularidad en el dominio público, siempre que se den entre entidades territoriales y no afecten al destino de los bienes. Esta posibilidad tiene dos límites: uno de competencia territorial, en el sentido de que sólo pueden pasar a entes territorialmente más restringidos y que se incluyan en el territorio del ente anteriormente propietario. Un segundo límite consistente en la imposibilidad de transmitir a entes que no tengan la competencia, para la cual el bien está destinado. *Il demanio*, cit., págs. 365 y 366.

Una fuerte corriente doctrinal, ya hoy superada, negaba la posibilidad de transmitir el dominio público a otras entidades administrativas en función de la extracomercialidad absoluta del dominio público. Consúltese sobre esta dirección la bibliografía citada por GUICCIARDI. En España ofrece interés al respecto la transmisión del dominio público estatal a Cataluña, contenida en el art. 17 del Estatuto de Cataluña.

(55) La realidad española sobre este punto nos ofrece el caso de las Universidades, dotadas de personalidad propia y a las que corresponde el servicio de la enseñanza superior universitaria. Sin embargo, la titularidad de algunos de los bienes afectos a dicha actividad corresponde al Estado.

Un caso interesante en nuestro derecho positivo lo plantea, en las municipalizaciones de servicios públicos, el caso de la llamada sociedad privada municipal, en la que, como se sabe, es el Municipio el único socio. Si se admite la personalidad independiente de esta sociedad, estaríamos en presencia de una aportación de dominio público. Que la titularidad del capital aportado le sigue correspondiendo a la Corporación municipal, lo pone de relieve el artículo 89, en su apartado 2, del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955. La Corporación no podrá transferir los bienes aportados.

Sin embargo, en ocasiones, ciertas transmisiones de la titularidad del dominio público entre entes administrativos pugnarían con las conveniencias del servicio público y también con la inalienabilidad. Se puede señalar a este respecto la validez del siguiente principio: en las Administraciones territoriales la titularidad del dominio público debe corresponder a la misma entidad competente para administrar el uso general y el servicio público al que estén destinados los bienes.

Otras transmisiones de titularidad del dominio público pueden darse en los casos de colaboración de varias entidades administrativas en la gestión de servicios públicos. La idea de la competencia exclusiva en la gestión de los servicios públicos sufre hoy el impacto de la llamada permeabilidad de competencias. Supone ésta la actuación de varias esferas administrativas en la prestación y funcionamiento de un servicio público. En estos supuestos los bienes afectados al servicio público pueden pasar a la titularidad de la otra entidad administrativa sin que por ello se produzca cambio alguno en la afectación de los mismos. Siguen destinados al mismo servicio público, si bien a la parte de éste que gestiona y lleva otra entidad administrativa. Para que esta solución sea válida se requiere, por supuesto, que estemos en presencia del mismo servicio público. Estas transmisiones de titularidad no caen bajo las prohibiciones que implica la inalienabilidad.

Finalmente, caben también transmisiones de dominio público entre entidades administrativas como consecuencia de la extinción de estas entidades, en virtud de la doctrina de la sucesión entre personas públicas. Por ejemplo, las calles, plazas, edificios destinados a servicios públicos de los municipios que se agregan a otros, o se funden con otros, pasan a convertirse en bienes de los municipios sucesores. Estas transmisiones de titularidad son también compatibles con el principio de la inalienabilidad del dominio público (56).

b) *Transmisiones a otras entidades que implican cambio de afecta-*

(56) No parece admisible la validez de la transmisión de calles afectadas al uso general a un Municipio distinto de aquel en que están enclavadas, que es el que ha de velar por el uso general de las mismas. Los mismos problemas que plantearía la desafectación de estos bienes, a los diversos Ayuntamientos, son símbolo de que estas transmisiones de dominio público entre entidades territoriales no deben ser admitidas. Aceptar la posibilidad de que el Estado fuese titular de las calles municipales implicaría tal régimen de centralización, que pugnaría con los principios de nuestro régimen local, por lo que estas transmisiones no serían legales. VIGNOCCHI, *La successione «Tra enti pubblici»*, Milano, 1956.

ción.—En este apartado debemos consignar las transmisiones de titularidad del dominio público que implican cambio de afectación; pero siempre que continúen los bienes destinados a otra función pública.

Debe distinguirse en esta materia entre las transmisiones voluntarias y las coactivas. Por lo que a las primeras se refiere, consideramos que son inaceptables desde el punto de vista de la inalienabilidad. Esta institución protege a la función pública, pero no en abstracto, sino en concreto. Protege al uso o al servicio público concreto al que están destinados los bienes. Si se admitiese la transmisión de dominio público para destinar los bienes a fines públicos distintos, no sufriría la función pública en abstracto, ya que los bienes se destinaban a otra función pública; pero sí sufriría la función pública concreta a la que estuviese adscrito dicho bien. Por esta razón creemos que no cabe admitir la transmisión del dominio público que implique al mismo tiempo cambio de afectación.

Las Administraciones públicas siempre estarían facultadas, si el uso o el servicio lo permiten, para desafectar los bienes de dominio público y transmitirlos como bienes patrimoniales a otra entidad administrativa. Esta posibilidad, al estar condicionada por la previa desafectación, implicaría que la función pública a la que originariamente estaban adscritos los bienes había quedado asegurada debidamente. Desafectación que no debería producirse en tanto no quedase el servicio originario debidamente garantizado.

En cuanto a las transmisiones coactivas del dominio público entre entidades administrativas, que impliquen cambio de afectación de los bienes, se plantean dos problemas fundamentales. Uno, el de su admisión; otro, el de si constituyen expropiaciones forzosas de dominio público. La doctrina dominante admite las transmisiones coactivas del dominio público, en cuanto que entre los diferentes servicios y fines públicos, no todos tienen el mismo rango, ya que los hay de mayor o menor importancia. Puede, pues, venir coactivamente impuesta la preferencia, y con ella la obligatoriedad de la transmisión para destinar los bienes a fines de más elevado rango.

¿Estas transmisiones coactivas suponen la admisión de la expropiación forzosa del dominio público? Sobre este punto la doctrina se encuentra dividida. En nuestro derecho positivo, GARCÍA DE ENTERRÍA pone de relieve que el artículo 1.º de la Ley de Expropiación forzosa considera a esta institución recayendo sobre los bienes de propiedad privada, por lo que con-

cluye negando en nuestro derecho la expropiación del dominio público, por cuanto estas transmisiones coactivas encontrarían su explicación, más que en la expropiación, en las «mutaciones demaniales» (57) (58).

(57) *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1956, pág. 56; «El dogma de la inalienabilidad del dominio público, que no es más que un correlato de su afectación pública, impide aquí la aplicación del instituto de la expropiación, supuesto que no siempre la Administración expropiante podrá disponer el cese de esa afectación, y que, aun en el caso de que contase con tal competencia, ésta requeriría ser ejercida sustantivamente.»

WALINE acepta la posibilidad de estas transmisiones coactivas del dominio público, examinando los tres problemas siguientes: 1.º, autoridad competente para decidir la transmisión coactiva; 2.º, si habría que pagar una indemnización a la Administración desposeída, y con arreglo a qué criterio habría de fijarse su cuantía; 3.º, con arreglo a qué procedimiento habríase de fijar la indemnización. Cita este autor la doctrina antigua del Tribunal de Conflictos francés, considerando estas transmisiones como expropiaciones. El Consejo de Estado, por el contrario, se mostró opuesto a la posibilidad de expropiar el dominio público. Este es el pensamiento de WALINE y quien estima que la solución correcta sería la fijación de la indemnización por una Comisión mixta, o por expertos, y en su defecto, por el Consejo de Estado. *Manuel de Droit Administratif*, París, 1946, pág. 461. También en *Les mutations*, cit., pág. 189. En contra de la idea de expropiación. CAMMEO, *Demanio*, en «Digesto Italiano», vol. IX, págs. 894 y ss. GUICCIARDI pone de relieve dos obstáculos fundamentales para aceptar la expropiación del demanio. Uno, la falta de la característica fundamental de la expropiación forzosa, que es el conflicto del interés público con el interés privado, y el otro, la falta de valor en venta de los bienes de dominio público. *Il demanio*, cit., pág. 371.

(58) Una importante corriente doctrinal considera la improcedencia de servidumbres sobre el dominio público como una consecuencia de la inalienabilidad. Se consideran las servidumbres como enajenaciones parciales del dominio y, por tanto, incluidas en la inalienabilidad. ALESSI señala que si se establecen mediante pacto, estaríamos en presencia de una enajenación parcial, contraria a la inalienabilidad, y si por prescripción contraria a la imprescriptibilidad. Vid. *Diritto Amministrativo*, Milano, 1949, pág. 384. También considera a la improcedencia de servidumbres sobre el dominio público, como una faceta de inalienabilidad. LAUBADÈRE, *Traité*, cit., pág. 766, si bien recoge resoluciones del Consejo de Estado relativas a la validez de servidumbres anteriores al carácter público de los bienes.

Entre nosotros, ha estudiado recientemente el tema MARTÍNEZ USEROS, quien pretende fundamentar la imposibilidad de servidumbres más en la imprescriptibilidad que en la inalienabilidad. Vid. *Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público*, en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, Universidad de Sevilla, 1954, vol. I, en especial págs. 34, 35 y 36. El uso especial del dominio público por terceros tiene fundamentos distintos de la servidumbre. Vid. RICAUD, *La théorie des droit administratifs*, París, 1914. *Eula Costituibilità di diritto privati di natura reale sopra beni demaniali*, en «Rivista di Diritto pubblico», 1915, 1, p. 271. MAIORANA, *La teoria de diritti pubblici reali*, 1910. GONZÁLEZ PÉREZ cita como derecho real sobre el dominio público el derecho de reversión sobre los bienes expropiados. *Los derechos reales administrativos*, cit., pág. 168.

La imposibilidad de hipotecar y de embargar los bienes de dominio público constituyen propiamente facetas de la inalienabilidad, en cuanto tales operaciones encierran potencialmente una venta.

El fundamento de la improcedencia de servidumbres sobre el dominio público es el

3.—¿DOBLE INALIENABILIDAD DE LOS BIENES DEL ESTADO?

El artículo 6.º de la Ley de Contabilidad y Administración de 1.º de julio de 1911 establece que «no se podrán enajenar ni hipotecar los derechos y propiedades del Estado sino en virtud de una ley». Tal precepto, como se deduce de su propio tenor literal, se refiere a toda clase de bienes del Estado, sean éstos de dominio público, sean patrimoniales.

De esta manera tenemos que, sobre los bienes de dominio público estatal, juegan, por una parte, la inalienabilidad del dominio público, y por otra, la imposibilidad de vender sin ley, del artículo 6.º de la Ley de Contabilidad. De aquí que a primera vista pudiera pensarse en una doble inalienabilidad para el dominio público.

La cuestión consiste en determinar si el precepto citado de la Ley de Contabilidad consagra o no una inalienabilidad para los bienes del Estado. A una conclusión afirmativa podría llegarse al pensar que por una ley pueden incluso venderse los bienes inalienables y que, por tanto, al exigirse una ley para la venta de los bienes del Estado, se está consagrando para ellos una inalienabilidad. Así se piensa que al no constituir actualmente la inalienabilidad del dominio público un precepto constitucional, puede una ley ordinaria acordar su enajenación sin previa desafectación, lo que sería, por otra parte, inimpugnable al no existir control, entre nosotros, de las leyes.

Nuestro punto de vista es muy otro. Lo que determina el artículo 6.º de la Ley de Contabilidad es la incompetencia del poder ejecutivo para llevar a cabo una venta de los bienes del Estado. O, si se quiere, la imposibilidad de que el poder ejecutivo lleve a cabo enajenaciones de bienes del

mismo que el de la inalienabilidad y el de la imprescriptibilidad: la imposibilidad de separar los bienes públicos de su destino. De la misma manera como el punto de vista de HAURIU sobre el metro cuadrado de dominio público, juega un papel importante en el dogma de la imprescriptibilidad en cuanto no cabe la prescripción sobre pequeñas zonas del dominio, así también la improcedencia de servidumbres juega un papel análogo en relación a la inalienabilidad. No cabe la prescripción del bien en su totalidad, ni en sus zonas pequeñas o metros cuadrados. No cabe privar al fin público de la totalidad del goce del bien demanial (inalienabilidad); pero tampoco cabe privarle de aspectos concretos de ese goce (improcedencia de servidumbres), salvo en la forma y condiciones en que lo permite el interés público (concesiones y permisos administrativos). PÉREZ OLEA, *Las concesiones de dominio público a título de precario*, núm. 24 de esta REVISTA. CIRILO MARTÍN RETORTILLO, *Algo sobre el precario administrativo municipal*, «Publicaciones del Instituto García Oviedo», Sevilla, 1956.

Estado sin que exista previamente una ley que autorice la enajenación. Y es que son dos figuras jurídicas completamente diferentes la inalienabilidad de los bienes y la incapacidad o incompetencia para vender. La primera de estas figuras hace referencia a una imposibilidad de enajenar que reside, bien en la naturaleza de los bienes, o bien en el destino de los mismos. La incapacidad para vender o la incompetencia para enajenar es una imposibilidad que no radica en la naturaleza o en el destino de los bienes, sino en las personas o en los órganos incapaces o incompetentes.

De esta manera, y sólo en este sentido impropio, podría admitirse la inalienabilidad de los bienes patrimoniales del Estado. Un órgano de la Administración por sí solo no puede enajenar ni un bien de dominio público estatal, ni un bien patrimonial. También puede afirmarse que, desafectado un bien de dominio público estatal, tampoco puede enajenarse administrativamente sin que exista previamente una ley que autorice la venta. La Administración es competente para afectar o desafectar los bienes demaniales; pero no es competente para enajenarlos sin previa autorización legislativa.

La redacción del precepto parece atribuir la emisión del consentimiento para la venta al poder legislativo, pero la realidad es que el poder legislativo lo que hace, la mayoría de las veces, es autorizar la ejecución de una venta para que ésta sea llevada a cabo por el poder ejecutivo, que no sólo emitiría el consentimiento, sino que lo emitirá en otras cláusulas o condiciones de detalle sobre las que no se expresó el poder legislativo. Aun cuando la Ley de Contabilidad no sea muy explícita con respecto a esta cuestión técnica, vale la pena recordar el artículo 117 de la Constitución republicana de 1931 como criterio interpretativo, que hablaba expresamente de que el Gobierno necesitaba estar autorizado por una ley para disponer de los bienes del Estado. Doctrinalmente es también el pensamiento de WALINE, que en la edición de 1957 de su *Droit Administratif* mantiene que se trata de una ley de autorización. Finalmente, en la práctica, las leyes referentes a ventas del Estado se expresan también en términos de autorización.

La Ley de Contabilidad no ha previsto la sanción del incumplimiento de la regla que consagra su artículo 6.º El artículo 117 de la Constitución de 1931 señalaba que sería nula toda operación que vulnerase el precepto, debiendo entenderse que tanto se refería a la venta sin ley como al préstamo sin ella. La ley exigida para las ventas de los bienes del Estado no

es, pues, un mero requisito formal que pueda ser subsanado, sino un requisito esencial para tales enajenaciones, cuya omisión determina la nulidad de las mismas. Supone, en cierto modo, una actuación administrativa invadiendo atribuciones de otro poder del Estado, supuesto que se reconoce por la doctrina como uno de los pocos que determinan nulidad absoluta en las actuaciones de la Administración.

Sin embargo, debe reconocerse que el precepto del artículo 6.º de la Ley de Contabilidad y Administración es demasiado rígido en cuanto que existen muchos bienes del Estado que, por su escasa importancia y entidad, no deberían requerir para su venta una ley. El Derecho Canónico, a este respecto, ofrece, una vez más, una buena lección al Derecho administrativo, al matizar entre aquellas enajenaciones que requieren licencia de la Santa Sede, aquellas otras que requieren licencia del Superior y, finalmente, aquellas otras que pueden realizarse sin licencia. En la parte histórica de este trabajo hemos hecho referencia a esta doctrina.

Vale la pena observar la historia reciente del actual artículo 6.º de la Ley de Contabilidad, que empezó teniendo carácter marcadamente político y rango constitucional y ha ido perdiendo dicho matiz para convertirse en un precepto que simplemente figura en una ley técnica, como es la de Contabilidad y Administración Pública.

El antiguo principio de la inalienabilidad de los bienes de la Corona, que alcanzó su máxima significación, como señala MANZANO, en la ley-pacto de Valladolid de 1442 (59), al llegar la época constitucional sufre el impacto político de la soberanía nacional cesando el régimen de la inalienabilidad, si bien sólo a los órganos representativos de dicha soberanía se les va a permitir la enajenación de los bienes de la Nación (60). Así, los artículos 74 de la Constitución de 1837; 77 de la de 1845; 82 de la de 1856; 86 de la de 1876, y 117 de la de 1931, establecieron con reproducción casi literal que «*El Gobierno necesita estar autorizado por una ley para disponer de las propiedades del Estado, y para tomar caudales a préstamo sobre el crédito de la Nación.*»

Análogo criterio legal fué adoptado por el artículo 6.º de la Ley de Con-

(59) *La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a los reinos castellanos*, en «Anuario de Historia del Derecho», 1951-52, pág. 37.

(60) LÓPEZ RODÓ, *El Patrimonio Nacional*, cit., en especial el capítulo VII, *Instauración del Constitucionalismo*, apartado IV. *Separación entre los bienes de la Corona y del Estado*, pág. 175.

tabilidad de 1870 y por la Instrucción de ventas de 15 de septiembre de 1903 (61).

Mas así como la inalienabilidad del dominio público constituye una protección de la concreta afectación de los bienes, el fundamento de esta prohibición de venta administrativa de los bienes del Estado (venta con ley) es distinto. Consiste en la necesidad de atribuir al Poder legislativo los actos que afectan el presupuesto y al capital del Estado (62).

Por otra parte, la circunstancia de que las enajenaciones, o las donaciones de bienes estatales, pueda producir una disminución de las rentas que ingresan en el presupuesto, y consiguientemente, un posible aumento de los impuestos estatales, produce la atribución al Parlamento de estas enajenaciones en función de su competencia tradicional en materia presupuestaria y contributiva (63). Mientras el dominio público posee una

(61) «No podrán enajenarse ni hipotecarse los derechos de la Hacienda pública, cualquiera que sea su naturaleza, sino en virtud de una Ley.» En el precepto transcrito de la Ley de Contabilidad de 1870 se observa que se cita a los derechos de la Hacienda, cualquiera que fuera su naturaleza. Según el artículo 1.º de la Instrucción de ventas de 15 de diciembre de 1903, «no pueden enajenarse las propiedades y derechos del Estado sino en virtud de una Ley». Por su parte, las leyes de 1 de mayo de 1855, 11 de julio de 1856, 11 de marzo de 1859, 4 de abril de 1860, 7 de abril de 1861, 12 de mayo de 1865, 15 de junio de 1866, 24 de junio de 1867, 16 de junio de 1869, 26 de junio de 1876, 21 de diciembre de 1876 y 8 de mayo de 1888, posibilitaron las enajenaciones por vía administrativa de ciertos bienes del Estado y manos muertas.

(62) Véase el comentario de CARRO MARTÍNEZ al artículo 103 de la Constitución de 1869, en *La Constitución española de 1869*, Instituto de Cultura Hispánica, 1952, páginas 370 y 371.

(63) La distinción entre el fundamento de la inalienabilidad del dominio público y la inalienabilidad de los bienes de la Corona, en DUEZ-DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, París, 1952, págs. 772 y 773, en donde se cita el artículo 8.º del Decreto de 22 de noviembre-1.º de diciembre de 1790, donde se señala la inalienabilidad de los bienes nacionales, que sólo podrán ser vendidos o enajenados en virtud de un decreto del cuerpo legislativo.

Los privilegios y formas que la Administración conserva en las ventas del dominio privado, que consideramos no aplicables en su totalidad al derecho español, en BONNARD, *Precis de Droit Administratif*, París, 1943, pág. 679. En España las reglas de venta de bienes de la Desamortización se contienen en la Instrucción de 15 de diciembre de 1903, que contiene interesantes normas, no sólo sobre los trámites de las mismas, sino también sobre problemas civiles producidos en las mismas. Sobre enajenación de bienes patrimoniales de las Administraciones locales, véase GONZÁLEZ PÉREZ, *La enajenación de los bienes municipales*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», abril 1952; págs. 262 y ss.

Examinada la ley como norma general y abstracta, nos encontramos con que, materialmente, las disposiciones que autorizan una venta no son normas generales y abstractas, sino especiales y concretas. No son, pues, leyes en sentido material, sino actos

extracomercialidad, la regla del artículo 6.º de la Ley de Contabilidad no implica tal carácter. El precepto contenido en el artículo 6.º de la Ley de Contabilidad y Administración no debe entenderse en el sentido de que cada enajenación concreta de un bien estatal exija también una ley concreta que la autorice. Basta en muchos casos una ley general que autorice la venta o cesión de ciertos bienes, para que luego cada enajenación o transmisión se produzca administrativamente, sin necesidad de que se dicte una ley especial para cada caso. En estos casos el poder legislativo no controla la cuantía del precio de venta de cada enajenación. Hay, sin embargo, casos en nuestro derecho positivo en los que se producen enajenaciones de bienes del Estado sin que exista ni una ley general que las autorice, ni sin que exista tampoco una ley especial en cada caso de venta. Un ejemplo lo constituyen las vías pecuarias, cuyo régimen jurídico se contiene en el Decreto de 23 de diciembre de 1944, que derogó la parte de vías pecuarias del Decreto de 7 de diciembre de 1931 y al Decreto de 5 de junio de 1924. En el artículo 1.º del Decreto de 1944 se proclama el carácter de dominio público de las vías pecuarias y se establece que aquellas vías del Estado que sean declaradas innecesarias o sobrantes por Orden ministerial, se venderán mediante expediente administrativo aprobado por la Dirección General de Ganadería en la forma que establecen los artículos 27 y siguientes del Decreto.

No plantean problemas estas ventas en lo relativo a la inalienabilidad del dominio público, ya que las referidas vías han dejado de ser dominio público al haber sido declaradas innecesarias o sobrantes. La cuestión está en las ventas de las mismas como bienes patrimoniales que se hacen en vía administrativa por un expediente aprobado por la Dirección General de Ganadería, sin que, por otra parte, exista ley alguna que autorice por vía general estas ventas, ya que el régimen jurídico de las vías pecuarias está contenido en un simple Decreto. Por tanto, creemos que, tratándose

subjetivos. La razón de atribuir al poder legislativo esta competencia no es de carácter científico, sino de carácter político y tradicional.

No obstante, la exigencia de una ley que exigió en Francia para las enajenaciones de los bienes nacionales, el Decreto de 22 de noviembre de 1.º de diciembre de 1790, se señala por los autores que por este Decreto se entra en el terreno de la enajenabilidad de los bienes nacionales, frente a la inalienabilidad que habría impuesto la Ordenanza de Moulins de 1566. El Decreto de 1790 es encarnación del pensamiento revolucionario hostil a la propiedad pública. En DUEZ-DEBEYRE, cit., y en BONNARD, cit. También en PLANIOL RIPERT, *Traité pratique de Droit civil Français*, Paris, 1926, tomo III, págs. 125 y 126.

de bienes del Estado, estando autorizadas y reguladas estas ventas en un Decreto y realizándose previo expediente administrativo, se incumple el artículo 6.º de la Ley de Contabilidad, que exige una ley para enajenar las propiedades del Estado.

De lo dicho se deduce cómo en Derecho español juegan simultáneamente, para los bienes demaniales, la inalienabilidad del dominio público y la prohibición de enajenaciones de bienes del Estado sin ley. El juego de estos dos principios es simultáneo y no sucesivo. Quiere esto decir que, a nuestro juicio, la venta por la Administración de un bien de dominio público no desafectado, quebrantaría al mismo tiempo la inalienabilidad del dominio público y el artículo 6.º de la Ley de Contabilidad. No es que mientras los bienes sean de dominio público estén sometidos a la inalienabilidad y cuando se desafectan al artículo 6.º de la Ley de Contabilidad. Es que mientras constituyan dominio público, están al mismo tiempo sometidos a ambas reglas. Por el contrario, sobre los bienes patrimoniales del Estado sólo juega la regla del artículo 6.º de la Ley de Contabilidad.

Este juego simultáneo al que hemos hecho referencia resulta de extraordinario interés por cuanto, como más adelante veremos, son distintos los efectos del incumplimiento de la regla de la inalienabilidad que los derivados del incumplimiento del artículo 6.º de la Ley de Contabilidad. Aun cuando de este punto tratamos más adelante, quede aquí planteado el problema de la validez de una inscripción registral de una venta de un bien de dominio público no desafectado, que se transmite a un tercero de buena fe, y el de la validez de una inscripción de una venta de un bien patrimonial del Estado no autorizada por ley. El juego de la no inscripción del dominio público y el de la protección del tercero hipotecario jugarán de distinta manera en uno y otro supuesto.

7.—COMIENZO Y EXTINCIÓN DE LA INALIENABILIDAD.

La inalienabilidad del dominio público es una regla que juega en el tiempo, por cuanto los bienes sobre los que opera pueden perder o adquirir el carácter de dominio público por cualquiera de las causas que producen dicho efecto. Todas pueden reconducirse a una sola: la desafectación. De la misma manera, los bienes que son patrimoniales en un determinado momento, pueden posteriormente adquirir la cualidad de dominio público, mediante la afectación de los mismos a un fin público. De aquí

que se puede plantear el problema del momento inicial y final de la regla de la inalienabilidad. Plantearse este problema es plantearse el del origen y cesación del dominio público, y la solución de los mismos se encuentra en la doctrina de la afectación y desafectación. La inalienabilidad jugará desde que los bienes han quedado afectados y desaparecerá desde que éstos han quedado desafectados.

Estudiar entre nosotros por completo nuevamente este problema no tendría sentido después de los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA (64). Sin embargo, tal vez pueda resultar útil examinar algunos aspectos de las afectaciones y desafectaciones fácticas. La circunstancia de que afectación y desafectación sean aspectos de hecho, puede producir la consecuencia de que se ordene formalmente el destino de un bien patrimonial a un servicio público y que de hecho no se produzca la afectación, no se traslade, por ejemplo, el servicio, hasta meses o años después, quedando mientras tanto el bien adscrito a la misma finalidad patrimonial anterior. ¿Existe mientras tanto dominio público? El fenómeno puede también producirse a la inversa, ordenándose, por ejemplo, la desafectación y traslado de un servicio público a otro inmueble y que ello no se realice hasta cierto tiempo posterior. En este supuesto, ¿seguirá siendo el edificio primitivo de dominio público?

Pero si esto ocurre por la falta de simultaneidad entre la afectación formal y la fáctica, pensemos en lo que ocurriría cuando, sin acto administrativo previo, sino sólo en virtud de una conducta u operación material administrativa, un bien de dominio público dejara de destinarse a un fin patrimonial de la propia Administración. En tal supuesto nos encontraríamos con una desafectación fáctica, sin que se hubiera producido una desafectación formal. ¿Estaríamos en presencia de un bien de dominio público, o en presencia de un bien patrimonial? No debemos olvidar a este respecto que en nuestro Derecho local (65) se exigen veinticinco años para que se produzcan las desafectaciones fácticas de los bienes de dominio público. ¿Serían, por tanto, válidas las enajenaciones o hipotecas operadas

(64) *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, cit.

(65) El artículo 8.º, núm. 5, del Reglamento de bienes de las Corporaciones locales de 27 de mayo de 1955, dice: «Se entenderá asimismo producida, sin necesidad de acto formal, la desafectación de los bienes de dominio público y de los comunales, que se convertirán en bienes de propios, cuando hubieren dejado de utilizarse durante veinticinco años, en el sentido de la afectación pública comunal.»

sobre dichos bienes realizadas por la Administración, con las debidas autorizaciones, antes de transcurrir los veinticinco años?

Con respecto al primer supuesto (afectación formal previa y transitoria desafectación fáctica), consideramos que juega ya desde el momento de la afectación formal el régimen de la inalienabilidad, por cuanto la afectación formal es determinante del dominio público, sin que pueda perderse dicho carácter porque transcurran unos meses sin trasladar el servicio a su nueva sede.

Por lo que hace al segundo caso que analizábamos (desafectación formal previa y afectación fáctica transitoria), consideramos que los efectos de la desafectación formal no empezarán a producirse hasta que quede desalojado el bien de las instalaciones propias del servicio que en él funcionaba. Mientras, el bien continúa siendo de dominio público y, por tanto, inalienable, ya que cualquier evento o destrucción del nuevo inmueble podría determinar la continuidad del servicio en el originario inmueble. Sobre este dominio público originario no cabrían más ventas que las por nosotros examinadas anteriormente y supeditadas a la entrega cuando se hubiera producido la desafectación fáctica.

Examinemos, finalmente, el supuesto de que por la Administración, fácticamente, sin acto administrativo formal, se produzca de hecho la desafectación, destinándose el bien a una finalidad patrimonial. Quizás el caso no sea demasiado frecuente, pero tampoco resultará rara la inexistencia de un expediente de desafectación previo al destino patrimonial del bien anteriormente destinado a un fin público. En nuestro Derecho plantea esta cuestión el artículo 8.º del Reglamento de bienes de las Corporaciones locales, que exige expediente previo de desafectación con información pública y *quorum* especial para producir el cambio de calificación jurídica de los bienes de las Corporaciones locales. La cuestión consiste en saber si el bien desafectado de hecho por conductas municipales y destinado a una finalidad patrimonial teniendo en cuenta que el servicio público ha encontrado mejor acomodo en otro lugar, continúa o no siendo de dominio público y, por tanto, inalienable.

A la vista del apartado 5 del artículo 8.º del propio Reglamento, habría que llegar a la conclusión de que continuaban siendo de dominio público, pues se establece en el precepto que se entenderá producida la desafectación sin necesidad de acto formal, de los bienes de dominio público, cuando hubiesen dejado de utilizarse durante veinticinco años en el sentido de

la afectación pública. Según el tenor literal del precepto, habría que esperar veinticinco años para poderlo enajenar. Caso contrario, estando ya desafectado de hecho el bien, sólo podría producirse la enajenación previo un expediente de desafectación formal, que quedaría como una mera formalidad, sin contenido, anterior a la venta. Si la enajenación o la hipoteca se produjeran sin dicha formalidad previa, estaríamos en presencia —según el citado precepto— de una venta de dominio público cuyos efectos se estudian por nosotros en apartado especial (66).

Cuando la Administración, sin expediente formal de afectación, destina fácticamente un bien patrimonial a un servicio público, podía enajenar, según nuestro Derecho, dicho bien sin merma de la regla de la inalienabilidad, aun cuando el bien fuera de la Administración y estuviera afecto al servicio público, porque no se habrían cumplido los veinticinco años que exige el párrafo 4 del artículo 3.º citado, para que fácticamente un bien patrimonial se convierta en un bien de dominio público. Y es que, junto a la afectación formal y a la afectación fáctica, están la afectación y desafectación implícitas, que no pueden tener las mismas reglas que la fáctica. La implícita juega cuando la propia Administración, sin declaración formal, destina o desafecta unos bienes del servicio público.

La afectación y desafectación fáctica se producen por el transcurso del tiempo y suponen la posesión de un no propietario sobre bienes que pasarán por prescripción a ser dominio público, o que dejarán de ser de dominio público, pero no propiedad de la Administración, por el transcurso de veinticinco años en poder del particular poseedor (67).

(66) Por lo que se refiere a la Administración del Estado, el problema presenta matices diferenciados, por cuanto no existe para ella un precepto análogo al artículo 8.º del Reglamento de bienes de las Corporaciones locales que requiera un expediente formal previo de desafectación. Por otra parte, las enajenaciones de los bienes del Estado requieren una ley, requisito éste que no se exige para las enajenaciones de bienes locales.

(67) Aun cuando el artículo 8.º del Reglamento de bienes de las Corporaciones locales consagra un supuesto de desafectación implícita en su apartado tercero, reduce tanto el ámbito de la misma, que la hace inservible para los posibles supuestos que se analizan en el texto. Por otra parte, los supuestos recogidos en el citado apartado podrán suponer en ocasiones afectación implícita para los nuevos bienes destinados a los servicios cuyos planes y proyectos se aprueban, pero no podrán suponer necesariamente desafectación implícita para los bienes antiguos destinados al servicio trasladado, que, puede ocurrir, se destinen a otro servicio público continuando de esta manera su régimen público.

Obsérvese que los supuestos de desafectaciones fácticas recogidos en el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, que tanto han influido en este precepto, son producidos por usurpaciones de dominio público realizadas por particulares, pero no se refieren a los cam-

Lo que no nos parece acertado es admitir que un bien propiedad de la Administración, destinado por ella a un servicio público, sin expediente de afectación, no se convierta en dominio público hasta los veinticinco años y pueda mientras enajenarse.

La propia idea de la afectación real, que es el fundamento de la inalienabilidad, pugna con que tales bienes puedan venderse. Admitir la posibilidad de estas ventas pugna con el principio de la inseparabilidad de los bienes de su destino y con la protección de la función pública en que dicho principio cristaliza.

En los casos de desafectaciones producidas por la Administración, sin expediente previo, resulta excesivo el plazo de veinticinco años para el cese del dominio público, ya que podrían realizarse en el interregno enajenaciones de tales bienes, con buena fe, que podrían invalidarse sin que con ello se protegiese prácticamente ninguna función pública (68).

bios de destino producidos fácticamente en sus bienes por la Administración. Son estos supuestos de afectaciones y desafectaciones implícitas que están más cerca, a nuestro juicio, de la afectación o desafectación formal que no de la fáctica.

En resumen, la afectación y la desafectación pueden ser: a) expresas; b) implícitas; c) tácitas. Las primeras, producidas por actos formales. Las segundas, producidas por cambios operados en el destino de los bienes por conductas u operaciones administrativas. Las terceras, producidas por posesiones de no propietarios sobre bienes destinados a fines públicos. Con respecto a las implícitas, creemos que las afectaciones de esta clase producen el origen del dominio público inmediatamente si tienen carácter permanente y no meramente ocasional. En cuanto a las desafectaciones implícitas, parece lógico que no produzcan cesación inmediata del dominio público. Para las afectaciones y desafectaciones tácitas nos parecen acertadas las reglas contenidas en el apartado a), núm. 4, del artículo 8.º citado, y en el núm. 5 del mismo artículo, respectivamente.

En materia de vías pecuarias surgen en ocasiones problemas curiosos en orden a la afectación y desafectación. Veamos uno de ellos. En todo término municipal debe existir una clasificación de las vías pecuarias, en la que se establecen las dedicadas al uso del ganado, las innecesarias y las sobrantes. A veces se dejan de incluir vías pecuarias en las categorías anteriormente establecidas. Propiamente no puede hablarse de desafectación formal, pues no figura en las innecesarias ni en las sobrantes; ni tampoco de afectación formal, pues no se incluye en las destinadas al uso ganadero. Hay que rechazar la tesis del abandono del bien por la Administración. El terreno en sí puede estar ocupado por un particular, o puede ser usado por el ganado. ¿Estamos en presencia de un bien de dominio público? Considerando que la titularidad del terreno en cuestión fuera de la Administración y teniendo en cuenta que no existe ni afectación ni desafectación formal, debe resolverse el problema en función de la afectación o desafectación de hecho. Si el terreno sigue destinado como siempre, al paso de ganados, continuará siendo de dominio público; si, por el contrario, está en posesión de un particular, habrá dejado de ser de dominio público, si ha transcurrido el tiempo necesario para que se produzca la desafectación tácita, fijado en veinticinco años, según nuestro derecho local.

(68) GARCÍA DE ENTERRÍA, comentando la tesis de ROMANO de la «desuetudo» en el

III

8.—EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA REGLA DE LA INALIENABILIDAD.

Aspecto fundamental de la regla de la inalienabilidad es el de determinar los efectos que produce su incumplimiento, o lo que es lo mismo, cuál sea el valor de las ventas y enajenaciones de dominio público.

La doctrina, por lo general, ha señalado el carácter relativo de la inalienabilidad desde el momento en que los bienes de dominio público pueden ser enajenados si previamente quedan desafectados. Mas la relatividad no es de la inalienabilidad, en cuanto que ésta juega siempre que exista dominio público, sino del dominio público, que puede cesar por el simple acto de desafectación.

Es ciertamente esta facilidad de desafectación, que juega para cierto grupo de bienes de dominio público, la que viene a complicar todo el problema de los efectos del incumplimiento de la regla. Existe un grupo de bienes de dominio público, tales como ríos, playas, bahías, incluso carreteras, en el que la desafectación no se produce tan fácilmente. Pero junto a este grupo existe otro compuesto fundamentalmente por los edificios y bienes muebles, en los que la desafectación juega, a veces, implícitamente, y en otras ocasiones, previo un expediente formal, que incluso puede llevarse a cabo después de celebrado el contrato de enajenación. Debemos descartar, por supuesto, la tesis en virtud de la cual el hecho de la existencia de una venta significa ya la existencia de una desafectación implícita, por cuanto revela la voluntad administrativa de desafectar. Admitir tal supuesto equivaldría a negar la existencia de la regla de la inalienabilidad del dominio público. De nada serviría establecer una regla de inalienabilidad si se admitiese la desafectación implícita del dominio público por el simple hecho de la venta (69).

dominio público, que extinguiría tal cualidad en los bienes, no sólo cuando éstos fuesen poseídos por un particular, sino también cuando fuesen destinados a una finalidad privada de la Administración, dice «es también absurdo que la singular aplicación de la inmemorial que hace esta doctrina, la lleve a afirmar que el uso por la Administración de una cosa pública como privada implicaría la conversión del demanio en patrimonio, sólo en cuanto se trate de un uso inmemorial». *Sobre la imprescriptibilidad*, cit., nota 53.

(69) MAYER, por el contrario, admite que cuando la ley no ha establecido formalidades especiales, la desafectación puede estar implícita en el mismo acto de enajenación. Loc. cit., pág. 156, nota 11.

Sin embargo, esta pretendida relatividad de la inalienabilidad queda muy en entredicho por lo que hace a los bienes del Estado, ya que no son las mismas las autoridades competentes para autorizar la venta y las competentes para desafectar. Como ha quedado dicho, la Ley de Contabilidad y Administración exige una ley para la venta de los bienes del Estado. Para ciertas enajenaciones de las Corporaciones locales se exige control del Ministerio de la Gobernación. La cuestión consiste en saber si tratándose de un bien de dominio público, la ley que autorice la venta supone ya la desafectación, o si, por el contrario, sería inválida la venta si además con anterioridad o con posterioridad no se produce la desafectación. Lo normal en estos casos suele ser que la desafectación se produzca antes que la ley y que, por tanto, ésta no produzca desafectación alguna. Mas en los casos en que así no ocurra, consideramos que la desafectación administrativa debería producirse con posterioridad a la ley y con anterioridad al contrato. La desafectación supone una decisión administrativa que tiene en cuenta el servicio público o el uso público y que se produce en función de la conveniencia de los mismos. Por el contrario, el control legislativo de las enajenaciones de bienes del Estado tiene como misión fundamental un control económico y financiero, en cuanto vigila las rentas y el patrimonio del Estado. Por tanto, consideramos que en líneas generales la ley de autorización de venta no implica necesariamente una desafectación implícita del dominio público, por lo que tal desafectación debe producirse también, ya antes o ya después de la ley de autorización de la venta. Sólo en los casos en que el poder legislativo no se limitara tan sólo a realizar su tradicional control económico y patrimonial, sino que ordenara también la desafectación o el cese del servicio, se haría innecesaria la desafectación formal administrativa.

Frente a este punto de vista cabría argumentar que la ley de autorización de venta implica por sí misma la desafectación, en cuanto que si el bien era de dominio público, y por tanto inalienable, antes de que se produjera la ley y ésta autoriza su venta, no habría que pensar en que continuara siendo de dominio público, un bien cuya venta estaba autorizada por ley. De aquí que se piense en que la ley de autorización de venta constituya de por sí misma, aun cuando no haya declaración alguna al respecto, la desafectación del dominio público.

Este sutil argumento creemos que no desnaturaliza el punto de vista anteriormente mantenido. Lo normal, ya lo hemos dicho, es que la des-

afectación implícita o formal se haya producido antes que la ley; pero si así no ocurriera, creemos que la ley por sí misma no desafecta los bienes de su destino, sino que autoriza a vender los bienes cuando haya dejado de ser de dominio público, sin que quepa la posibilidad de pensar en que se produjera la cesación de un servicio público para entregar el bien a un particular, del que sólo se había autorizado y no ordenado su venta. Antes de la entrega del bien y antes de la venta, aunque, claro es, después de la ley, sería necesario que se produjera la desafectación, bien expresa, o bien implícita, si la Administración trasladara el servicio a otro lugar, aunque no hubiese expediente de desafectación formal. Sólo, como antes dijimos, en los casos en que la ley ordenara también la desafectación o el cese del servicio, podría considerarse producida la desafectación formal por la ley. También cuando sin expresarlo rotundamente se dedujera la voluntad legislativa de desafectar.

Examinados estos supuestos relativos al problema que estudiamos, debemos centrar ya nuestra atención en la cuestión fundamental de determinar si el incumplimiento de la regla de la inalienabilidad, es decir, las enajenaciones de dominio público, produce la nulidad absoluta o simplemente la nulidad de tales enajenaciones. La cuestión es de gran importancia, ya que si nos pronunciamos por la nulidad, tendremos que no se producirán efectos jurídicos de tales enajenaciones, que podrá pedirse en cualquier tiempo la nulidad y que la podrán instar no sólo las partes contratantes, sino también otros interesados, siendo también nota característica de la figura la imposibilidad de subsanación o confirmación del contrato nulo. Si, por el contrario, nos pronunciamos en favor de la anulabilidad, tendríamos que la enajenación, aunque viciada, produciría efectos jurídicos, que la acción para pedirla duraría cuatro años y que sólo los obligados principal o subsidiariamente en el contrato podrían ejercitar la acción. Por otra parte, tales enajenaciones podrían ser confirmadas.

Cuando estudiamos el problema de la doctrina francesa, nos encontramos con que predomina, en autores de extraordinaria significación, la tesis de la nulidad meramente relativa. Así, HAURIOU nos habla de que la nulidad de la enajenación no es absoluta, sino relativa, y que el servicio al que estaba afecto el bien vendido puede renunciar a prevalecer en las ventas de dominio público, lo que equivaldría a una desafectación y convertiría la enajenación en definitiva por ratificación. Tanto las acciones de nulidad de venta, como la excepción de dominio público, no pueden

ser intentadas ni opuestas más que sobre la decisión del servicio al cual el bien estaba afectado (70). Para DUEZ ET DEBEYRE, la Administración puede ratificar, con posterioridad a la venta, la enajenación, produciendo la desafectación, y mantienen que sólo la Administración, y nadie más, puede demandar la nulidad, lo cual lleva a estos autores a proclamar que se trata de signos característicos de las nulidades meramente relativas. Para estos autores, la inalienabilidad sólo produce la ineficacia del efecto traslativo de la venta, impidiendo que el bien pase al patrimonio del comprador, pudiendo la Administración negarse a entregar la cosa, o volver a recobrarla si ya fué entregada, ya que la Administración, ante la imposibilidad de ejecutar las obligaciones dimanadas del contrato, se verá en la necesidad de transformar su obligación en una indemnización al comprador si éste lo fué de buena fe (71).

Por el contrario, si examinamos la cuestión en los autores italianos, nos encontramos con que la doctrina general sobre la materia es precisamente la nulidad de las enajenaciones de dominio público. Es curioso observar que siendo hasta hace poco tiempo general la tesis de la anulabilidad de las enajenaciones de los bienes patrimoniales indisponibles, se tiende recientemente a consagrar también la nulidad de las mismas, si bien, frente a la nulidad de las de dominio público, que se funda en la falta de objeto, se pretende basar tal nulidad en defectos del título, como hace AMORTH (72), o de la causa, como pretende CANNADA BARTOLI (73).

(70) *Precis de Droit Administratif*, París, 1921, pág. 626. Señala HAURIU que son tres los efectos fundamentales de la inalienabilidad: 1.º La venta de una dependencia del dominio público no precedida de una desafectación regular, debe ser anulada, salvo la indemnización a pagar al comprador de buena fe. 2.º Una acción de reivindicación demanial imprescriptible puede ser siempre intentada. 3.º Siempre que la Administración tenga la posesión de estos bienes enajenados, todas las acciones que tiendan a la venta definitiva son neutralizadas por la excepción de dominio público.

Véase la reproducción del pensamiento de HAURIU en FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Resumen de Derecho Administrativo y de licencia de la Administración*, Barcelona, 1931, tomo II, pág. 171.

(71) Loc. cit., págs. 774 y 775. HAURIU considera que la inalienabilidad resulta más de una incapacidad de la Administración que de una indisponibilidad real. Loc. cit., pág. 620. Considera por ello HAURIU que el plazo que tiene el comprador para exigir a la Administración la indemnización que le compense de la venta de dominio público es, no de treinta años, sino de diez años. Véase nota 1 de la pág. 625.

(72) AMORTH, *L'acquisto del patrimonio mobiliare indisponibile dello Stato mediante possesso di buona fede*, «Rivista di Diritto e Procedura Civile», 1953, pág. 476.

(73) CANNADA BARTOLI, *In tema di alienabilità di di beni patrimoniale indisponibile*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1953, págs. 817 y ss.

Ya, refiriéndose a los actos administrativos, ha puesto de relieve GARRIDO FALLA la diferencia existente entre la doctrina italiana y la doctrina francesa en orden a la admisión de la nulidad en el Derecho administrativo. Algunos autores italianos, generalmente dogmáticos, admiten con alguna generalidad la nulidad de los actos administrativos como lógica consecuencia de los principios jurídicos, sin tener en cuenta las circunstancias del caso. Por el contrario, autores franceses de la significación de HAURIUO y JÈZE reducen grandemente las nulidades de los actos administrativos, debido a las circunstancias del caso y a los intereses de terceros con buena fe (74).

Por lo que hace a nuestro estudio, debemos poner de relieve que nos encontramos, no tanto en el supuesto de ineficacia de los actos administrativos, como en el de ineficacia de contratos celebrados por la Administración y, por tanto, de actos bilaterales.

Empleando, pues, la técnica de los contratos, se llega a la conclusión de que el incumplimiento de la regla de la inalienabilidad del dominio público acarrea la nulidad de las enajenaciones producidas. La argumentación sería la siguiente: el artículo 1.271 establece a *sensu contrario*, que no pueden ser objeto de contrato las cosas que no están en el comercio de los hombres. Se trata, por tanto, de un contrato que no tiene objeto, por cuanto el dominio público, en cuanto es extracomercial, no puede jurídicamente serlo. Si bien es cierto que el Código civil no declara que el dominio público sea extracomercial, ni tampoco que sea inalienable, la historia de las cosas públicas y la doctrina general conducen a la admisión de tales características para los bienes de dominio público (75). La propia sentencia civil de 23 de abril de 1919 que resolvió una acción reivindicatoria estatal de nulidad de venta, mantuvo implícitamente este punto de vista, al establecer que no se infringió el artículo 1.271 del Código civil porque los bienes que se intentaban reivindicar no eran de dominio público. Por su parte, la sentencia contencioso-administrativa de 2 de febrero de 1956 proclama la inalienabilidad de los bienes de dominio público estatal.

En segundo lugar, por tratarse de un contrato contra ley, lo que también habría de incidir en la nulidad del artículo 4 del Código civil, ya que

(74) *El régimen de impugnación de los actos administrativos*. Madrid, 1956, pág. 212.

(75) VECTING, *Domaine public et res extra commercium*, París, 1950, citado por BALLEÉ en *Las reservas demaniales*, cit., pág. 79, en nota 3.

si este precepto no establece la inalienabilidad, ésta viene declarada, al menos para los bienes de dominio público locales, por la Ley de Régimen local. El argumento restrictivo de la aplicación del citado artículo del Código al Derecho administrativo, empleado por la doctrina en base a la escasa vigencia de la autonomía de la voluntad en esta disciplina, no tendría aplicación a nuestro caso, en el que la Administración vende sus bienes por procedimientos de derecho privado.

Esta consecuencia dogmática del juego de los principios jurídicos en las ventas de dominio público produce a su vez los siguientes efectos: 1.º, las enajenaciones de dominio público no pueden ser subsanadas con desafectaciones posteriores; 2.º, la Administración puede recobrar los bienes vendidos u oponer la excepción de dominio público en cualquier tiempo y no durante el plazo de cuatro años; 3.º, la nulidad puede ser pedida por terceros interesados y no sólo por la Administración.

1.º La posibilidad de subsanación de las ventas de dominio público con una desafectación *a posteriori*, aceptada por los autores franceses, debe ser rechazada a la luz de los principios de la nulidad. Ello si la desafectación, expresa o implícita, se produce con posterioridad al contrato y con anterioridad a la entrega, como se si produce con posterioridad a la entrega de los bienes. La razón de que ello sea así radica en que la existencia de los elementos del contrato ha de darse en el momento de la perfección y no en el de la consumación. El supuesto de venta de dominio público con desafectación posterior al contrato y anterior a la entrega es distinto, aunque vulgarmente tenga analogía, con el del contrato en el que la Administración se compromete a entregar un bien desafectado para cuando haya traslado del servicio a otro lugar; estudiado por nosotros en otra ocasión. Sociológicamente no parece aconsejable la misma solución, ya que la desafectación debe producirse como consecuencia de una meditación en la que se tenga ante todo presente la conveniencia del servicio. Se vende porque se desafecta y se desafecta porque conviene al servicio. De admitir la tesis de la desafectación subsanatoria *a posteriori*, tendríamos que en muchas ocasiones se vendería porque conviene al erario público, o quién sabe si por razones más inconfesables, y se desafectaría porque se había vendido sin que en estas actuaciones se hubiera tenido en cuenta el interés de la función pública. Por otra parte, si la falta de desafectación, expresa o implícita, anterior al contrato no era más que una omisión formal que ni entrañaba perjuicio para el interés público, no se produciría al particu-

lar un perjuicio irreparable si la venta fué normal y justa, obligándole a celebrar una nueva enajenación posterior a la desafectación. Sólo si la nulidad se declarase, pasado algún tiempo de la venta, el particular se vería en el perjuicio de tener que soportar un mayor precio producido por la inflación o por una mayor competencia en la licitación pública, si la enajenación se hace por este procedimiento. La doctrina francesa ofrece la solución de que la Administración ofreciese una indemnización al comprador de buena fe al anularse el efecto traslativo de la venta.

Ciertamente que debe reconocerse que es en este supuesto de la desafectación confirmatoria *a posteriori*, donde pueden tenerse en cuenta las «circunstancias del caso», para atenuar el rigor de la nulidad, cuando la falta de desafectación previa hubiese sido una mera omisión formal o material, no perjudicial para el servicio público. La relatividad de las desafectaciones, expresas o implícitas, del dominio público podría aconsejar en ciertos casos una también relatividad del principio de la nulidad absoluta, que en términos generales debe mantenerse. Debería tenerse en cuenta para ello, muy especialmente, el estado y funcionamiento del servicio después de la desafectación *a posteriori*.

2.º La acción o la excepción de dominio público puede ser ejercida u opuesta por la Administración en cualquier tiempo y no sólo durante el plazo de cuatro años. Ni que decir tiene que los bienes de dominio público no pierden tal carácter porque se vendan sin desafectación; por ello, mientras lo conserven, y no sólo durante los cuatro años de las acciones de anulación, la Administración puede ejercitar las acciones y excepciones correspondiente. Debe añadirse que los bienes de dominio público pierden este carácter cuando llevan desafectados de hecho en poder de particulares un cierto número de años, que se fija en veinticinco en nuestro régimen local.

Interesa examinar los diversos supuestos y fines con que la Administración puede recobrar tales bienes. A la Administración puede interesarle obtener la nulidad de la venta, para volver a destinar el bien vendido a la misma función pública (uso o servicio) que tuviera antes de la enajenación. Esta posibilidad no encierra problema alguno, ya que la inalienabilidad protege precisamente la inseparabilidad de los bienes de su destino público. Pero también la Administración puede obtener la nulidad de la venta para dedicar el bien a una función distinta a la que anteriormente estaba afecto. Consideramos también válida esta posibilidad, por

cuanto la inalienabilidad protege a la función pública en concreto; pero también a la función pública en general y por ello no se oponen a la inalienabilidad las llamadas mutaciones del dominio público. Finalmente, la Administración puede obtener el bien demanial enajenado, para destinarlo a una finalidad patrimonial en la que cesaría su cualidad de dominio público. La cuestión que esto plantea son dos, una relativa a la posible desviación de poder cometida por la Administración al utilizar la prerrogativa para fines patrimoniales y otra relacionada con la validez de esta recuperación. Con relación a la desviación de poder, debemos manifestar que, continuando la cualidad demanial del bien enajenado, éste no podrá ser destinado a una finalidad patrimonial sin una desafectación posterior a la recuperación del mismo. De esta manera la desafectación teleológica no se da al obtener la nulidad, sino después de ella, siempre que legalmente se produzca la desafectación, la cual no está actualizada en el momento de recobrar el bien. Lo fundamental es que al momento de celebrarse la enajenación ésta era nula y por ello tal nulidad puede pedirse en cualquier momento, cualquiera que sea el destino futuro que se dé al bien enajenado. Pero es que, aun admitiendo que una desafectación *a posteriori* no convalidara la venta nula, pero sí que hiciera cesar el dominio público, habría que concluir que la Administración podría intentar la recuperación del bien enajenado, en tanto en cuanto éste no hubiera pasado a propiedad del particular por la prescripción que se contaría a partir del momento de la desafectación expresa, si se admitiera, o fáctica si hubieran transcurrido veinticinco años en posesión del particular. Siendo la enajenación nula, el particular poseedor no podría llegar a tener otro título de propiedad que el de la prescripción.

3.º La nulidad puede ser pedida por terceros interesados y no sólo por la Administración. Una de las características de la nulidad es precisamente ésta, ya que si se tratara de una anulabilidad, sólo las partes podrían obtener la ineficacia. La doctrina francesa reduce en estos casos tal posibilidad exclusivamente a la Administración, por estimar que sólo a ella le corresponde la consecución del interés público. Sin embargo, a este respecto, como señala DE VALLÉS, la regla de la inalienabilidad constituye, incluso históricamente, una protección de los ciudadanos al uso de las cosas públicas, llegando incluso, en su opinión, tal protección, en ocasiones, a consagrar derechos subjetivos en favor de los administrados. Es precisamente esta protección a los usuarios la que les permite la impug-

nación de las enajenaciones de dominio público que hagan cesar el uso público de los bienes. A este respecto, nuestra opinión es favorable a ensanchar el ámbito de los impugnadores de las enajenaciones de dominio público, sobre todo cuando se perjudicase o cesase el uso o el servicio público como consecuencia de la enajenación. Limitar esta posibilidad a la Administración en virtud de un pretendido monopolio del interés público, sería rechazar la colaboración de los administrados y perjudicar intereses particulares que quedarían desprovistos de acción (76).

Para concluir esta materia, debemos manifestar que el juego de los principios jurídicos conduce a proclamar la nulidad de las enajenaciones de dominio público. Sólo en muy contados casos podría dulcificarse el rigor de la nulidad teniendo en cuenta las «circunstancias del caso», el estado presente y futuro de la función pública después de la enajenación, los intereses de los usuarios de los bienes o servicios afectados y los del adquirente de buena fe.

Hemos visto cómo la nulidad de las enajenaciones de dominio público mantenida por los autores italianos se contraponen con la nulidad relativa a la que se acercan las posiciones de grandes autores franceses. Quizás valga la pena conectar esta diversidad de posturas con la también diversa amplitud que en Italia y Francia tiene el dominio público. En Italia la existencia del llamado patrimonio indisponible del Estado ha permitido reducir grandemente el conjunto de bienes pertenecientes al dominio pú-

(76) El argumento empleado por un sector de la doctrina francesa, según el cual sólo la Administración puede demandar la nulidad, porque sólo a ella le corresponde velar por el interés público, carece de eficacia y pugna con la característica del dominio público. Ese monopolio conduciría en muchas ocasiones a mantener las ventas de dominio público por ella realizadas y al mismo tiempo supone el olvido de la figura del administrado «interesado» o colaborador del interés público. Como concepción diametralmente opuesta al argumento criticado, puede examinarse el pensamiento de DE VALLES, según el cual la inalienabilidad protege a los usuarios de los bienes de dominio público que adquieren derechos por la afectación de los bienes, siendo tales derechos perfectos, en cuanto a la esencia del uso, aun cuando no en cuanto al modo de hacerlo. Merece especial mención el breve esquema histórico que realiza para demostrar la fundamental protección que del ciudadano realiza la regla de la inalienabilidad del dominio público. En *Inalienabilità del demanio*, cit., págs. 415 y 416 y 418-19. Este aspecto histórico es sumamente interesante, en cuanto que la titularidad de las cosas de dominio público se otorgaban en Roma al pueblo, con lo que no podían disponer de tales bienes las autoridades públicas. El cambio de titularidad popular en derecho público subjetivo al goce de las cosas públicas fué una característica interesante del derecho moderno. Para DE VALLES la inalienabilidad constituye derechos para el ciudadano y no así la indisponibilidad.

blico, que queda reducido casi a los mismos bienes que en la historia han sido siempre cosas públicas. Por el contrario, en Francia, al sustituirse el carácter natural del dominio público por la idea de afectación, se incrementó grandemente el ámbito del dominio público, al que no sólo pertenecieron ya los ríos, playas, bahías, puertos, puentes, caminos, etc., sino también otros bienes destinados a la función pública. No deja de ser curioso también el que en Italia se haya considerado como doctrina dominante —aunque recientemente con significativas excepciones— la que mantenía la simple anulabilidad de las enajenaciones de bienes patrimoniales indisponibles. Por otra parte, tampoco deja de resultar curioso el que la doctrina francesa construya en gran parte la regla de la inalienabilidad sobre decisiones jurisprudenciales, que la mayoría de las veces, como es natural, recaían sobre venta de bienes que en Italia habrían pertenecido a los patrimoniales indisponibles y no sobre ríos, ni playas, etc.

Por lo que hace a nuestra patria, siendo ajena a nuestro régimen jurídico-administrativo la categoría de los bienes patrimoniales indisponibles, poseemos un dominio público amplio, al estilo francés, en el que la doctrina incluye sobre bases legales también a los bienes muebles. Sin embargo, por lo que hace a los bienes de dominio público del Estado, existe un matiz diferenciador en el Código civil, entre los de uso público y los afectos al servicio público, siendo estos últimos los que pertenecen privativamente al Estado. MARTÍNEZ USEROS, en un pasaje de su libro ya citado anteriormente, ha puesto de relieve el matiz diferenciador del adverbio privativamente.

Es precisamente el segundo grupo de bienes de dominio público (los destinados a servicios públicos) los que crean los problemas de la desafectación, en cuanto que ésta supone un expediente formal o una simple operación administrativa, a veces subsanables, en lo que tienen de mero acto formal. Por el contrario, los bienes del dominio público, mal llamado natural, no suelen plantear tales problemas, porque la desafectación viene la mayoría de las veces impuesta por hechos naturales, o por hechos humanos, difícilmente subsanables, como son grandes obras públicas de desviación de cauces y construcción de carreteras.

Por ello parece lógico concluir que para las enajenaciones de los bienes públicos de toda clase debe mantenerse la nulidad; pero que el rigor de algunos de sus efectos podría suavizarse con rasgos de la anulabilidad para ciertos casos de enajenaciones de bienes que no pertenecieron al gru-

po del llamado dominio público natural, cuando así lo exigieran las ya por nosotros expuestas «circunstancias del caso».

9.—INALIENABILIDAD Y PROTECCIÓN REGISTRAL DE LA BUENA FE.

Al examinar el problema de la nulidad de las ventas de dominio público, hemos dejado de estudiar un interesantísimo problema de alcance práctico, cual es el de la incompatibilidad de la protección del dominio público que realiza la regla de la inalienabilidad, con la protección que del tercero adquirente de buena fe realiza el artículo 34 de la Ley hipotecaria.

«El tercero que de buena fe —dice el citado artículo— adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.»

La protección de la buena fe que hace este precepto, de quien adquiera un bien inscrito de persona que aparezca como titular registral del mismo, puede pugnar con la regla de la inalienabilidad del dominio público cuando el bien adquirido por el tercero tenga este carácter y lo adquiera de quienes a su vez lo adquirieron de la Administración pública. Si en tales casos la Administración puede hacer entrar en juego la inalienabilidad del dominio público para recobrar el bien vendido, el tercero hipotecario puede también hacer entrar en juego el principio de la fe pública registral que le ampara, según el contenido del artículo 34 de la Ley. ¿Cuál de estas dos protecciones debe prevalecer?

Para resolver esta interrogación hay que tener en cuenta que los bienes de dominio público están exceptuados del Registro de la Propiedad. La Ley hipotecaria tiene por objeto regular el comercio jurídico inmobiliario, y por ello quedan al margen de la misma los bienes que no son susceptibles de tráfico jurídico. Así, el artículo 5.º del Reglamento hipotecario establece que están exceptuados de la inscripción: 1.º, los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio; 2.º, los bienes de uso pú-

blico de las provincias y de los pueblos incluidos en el párrafo primero del artículo 344 del Código civil.

Este carácter extrarregistral de los bienes de dominio público determina que para los mismos no puedan jugar los principios hipotecarios, que sólo tienen validez para los bienes que tienen acceso al registro. De la misma manera que los principios hipotecarios no juegan para los bienes muebles, tampoco juegan para los inmuebles, que están exceptuados del Registro. De esta manera, siendo el principio de la fe pública registral un principio hipotecario, no puede jugar en contra de la inalienabilidad del dominio público, porque estos bienes están exceptuados del Registro de la Propiedad.

El problema se plantea cuando los bienes de dominio público, no obstante lo establecido en el artículo 5.º del Reglamento hipotecario, han tenido acceso al Registro y se han inmatriculado. Creemos que en tales casos procede la misma solución, por cuanto se tratará en todo caso de una inmatriculación y posteriores inscripciones indebidas, que no constituyen por sí mismas desafectación del dominio público (77). Los bienes de dominio público, aun cuando estuvieren inmatriculados en el Registro continúan siendo de dominio público, lo que determina, a los efectos de la buena fe, una publicidad demanial, superior a la patrimonial que pudiera sugerir la inscripción registral (78).

(77) Por supuesto, que partimos de la base de que el bien se haya inscrito en el Registro, cosa que ha podido ocurrir perfectamente con ocasión de la venta realizada entre la Administración y el primer adquirente. En la práctica, dice ROCA SASTRE, se inscriben en el Registro los bienes de dominio público destinados a servicios públicos, no obstante el artículo 5.º del Reglamento hipotecario. El artículo 303 del citado Reglamento parece suponer tal inscripción, pues entre los requisitos que deben reunir las certificaciones de dominio a efectos de la inmatriculación de bienes de entidades públicas, debe figurar el servicio público u objeto a que estuviese destinada la finca. Vid. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, III, Barcelona, 1954, pág. 212.

El artículo 34 de la Ley hipotecaria protege al tercer adquirente, aunque después se anule o resuelva el título del otorgante. Pero en esta expresión de anulación no sólo entran la anulabilidad, sino también la nulidad absoluta y la inexistencia. Véase ROCA SASTRE, ob. cit., I, págs. 580-81, nota 3.

(78) La mayor demostración de que la inscripción de un bien de dominio público no constituye por sí misma desafectación del mismo, lo demuestra el artículo 6.º del Reglamento hipotecario, que establece que si alguno de los bienes comprendidos en el artículo anterior, o una de sus partes, cambiase de destino, adquiriendo el carácter de propiedad privada, se llevará a efecto su inscripción, y si un inmueble de propiedad privada, o parte del mismo, adquiriera la naturaleza de algunos de los enumerados en el artículo anterior (son los de dominio público), se hará constar esta circunstancia por nota marginal.

Sólo con respecto a los bienes de dominio público de las Corporaciones locales que estuvieren afectos a servicios públicos podría plantearse el problema de la protección de la fe pública registral del tercero, por cuanto no aparecen exceptuados del Registro, a tenor del artículo 5.º del Reglamento hipotecario. Este precepto sólo declara exceptuados del Registro a los bienes de uso público de las provincias y de los pueblos, incluidos en el párrafo 1.º del artículo 344 del Código civil; pero no establece la misma excepción para los bienes destinados a servicios públicos.

No obstante esta omisión, debe interpretarse en buena doctrina que están exceptuados del Registro todos los bienes de dominio público de los pueblos y provincias, porque cuando se promulgó el Reglamento hipotecario, el 14 de febrero de 1947, estaba todavía en vigor en materia de dominio público local el Código civil, que circunscribía el dominio público de los pueblos y provincias a los bienes de uso público. Fué luego el artículo 182 de la Ley de Régimen local de 1950 la que amplió el concepto del dominio público de los pueblos y provincias a los bienes destinados a servicios públicos (79).

10.—LA INALIENABILIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO MUEBLE Y LA PROTECCIÓN CIVIL DEL POSEEDOR DE BUENA FE.

Las modernas tendencias de la doctrina del dominio público admiten la posibilidad de que las cosas muebles sean de dominio público. En la

Pone de relieve el precepto transcrito que la afectación y desafectación son fenómenos extrarregistrales que pueden tener por consecuencia la inscripción o la no inscripción; pero éstas de por sí no pueden producir la afectación o la desafectación del dominio público.

(79) Si bien es cierto que la Ley de Bases de Régimen local de 1945 ya establecía la ampliación del dominio público referida en el texto, y que esta ley fué anterior al Reglamento hipotecario de 1947, sin embargo, en la materia de dominio público no entró en vigor hasta la vigencia de la Ley de Régimen local de 1950, que, como se ve, es posterior al Reglamento hipotecario. Las modificaciones en materia de dominio público de la Ley de Bases de Régimen local fueron estudiadas por GARCÍA OVIEDO, *La teoría del dominio público en la nueva Ley de Bases de Régimen local*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», 1946, pág. 549.

La idea del carácter extrarregistral de los bienes de dominio público de las Corporaciones locales destinados a servicios públicos, puede verse en GONZÁLEZ PÉREZ, *La inscripción de los bienes municipales*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1951, pág. 369, y también en ROCA SASTRE, loc. cit., III, pág. 215, si bien este último autor cita el artículo 199 de la *Ley de Régimen local*, que impone la obligación de inscribir en el Registro los bienes inmuebles y derechos reales del Municipio, sin que se diferencie entre clase alguna de bienes.

doctrina española, concretamente, mantienen esta postura GARCÍA OVIEDO, ROYO-VILLANOVA, FERNÁNDEZ DE VELASCO y, últimamente, merecen destacarse los trabajos de BALLBÉ y ALVAREZ GENDÍN (80). Por lo que se refiere concretamente a la Administración local española, debe citarse el artículo 16 del Reglamento de bienes de las Corporaciones locales, en el que se menciona expresamente a las cosas muebles de dominio público.

Admitida, pues, la posibilidad de *lege data*, del dominio público muebles, puede ocurrir que tales bienes sean objeto de enajenación y que a través del tiempo lleguen a la posesión de un particular de buena fe que se vea cierto día inquietado con la acción de la inalienabilidad del dominio público, por ser nula la venta originaria.

El artículo 464 del Código civil, uno de los que mayor polémica han producido entre los civilistas, establece que «la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título». Surge entonces parecida interrogación a la anteriormente formulada. ¿Debe prevalecer la regla de la inalienabilidad del dominio público sobre la protección que del poseedor de buena fe de cosas muebles hace el artículo 464 del Código civil?

Consideramos también aquí que debe prevalecer la regla de la inalienabilidad del dominio público sobre la protección de la buena fe. No es sólo el argumento de la superioridad de la función pública —protegida por la inalienabilidad— sobre la función privada —protegida por la posesión de buena fe—, sino también argumentos deducidos del propio Derecho civil los que conducen a la misma solución.

Ya sería algo contradictorio que la regla de la inalienabilidad ofreciera soluciones contrarias cuando se aplicase a bienes inmuebles inscritos en el Registro y cuando se aplicase a bienes muebles. Pero no es eso solamente, ya que no es idéntica la publicidad de una y otra clase de bienes. El ar-

(80) Respectivamente, pueden verse tales opiniones en *Derecho Administrativo*, cit., pág. 400. *Elementos de Derecho Administrativo*, 24.ª ed., pág. 455. *Naturaleza jurídica del dominio público*, según HAURIOU, en «Revista de Derecho Privado», 1921, números 94 y 95. BALLBÉ estudió este problema en su citado *Concepto del dominio público*, en donde mantiene que la noción del dominio público es independiente de la cualidad natural de las cosas y, por ende, pueden integrarlo, tanto las porciones del suelo, como los edificios, los bienes muebles y los incorporales. ALVAREZ GENDÍN ha estudiado monográficamente el tema del dominio público de los bienes muebles, en trabajo incorporado a su obra *El dominio público*, Barcelona, 1956, págs. 117 y ss., en donde se recoge el pensamiento de autores extranjeros sobre el problema y diversos preceptos de derecho español, en los que basa su posición favorable a la admisión del dominio público mueble.

título 464 del Código civil protege al poseedor de buena fe y, por tanto, requiere que haya posesión para que haya protección. Pues bien, el artículo 460, párrafo 3, del propio Código, preceptúa que se perderá la posesión cuando la cosa poseída quedara fuera del comercio. Se deduce lógicamente que cuando una cosa está fuera del comercio no cabe sobre ella posesión, por lo que no cabe posesión sobre bienes de dominio público cuyo carácter extracomercial, no por su naturaleza, sino por su destino, está generalmente aceptado (81).

Al examinar esta cuestión debe ponerse de relieve el caso de Italia, país en el que, como consecuencia de la guerra, fueron vendidos una gran cantidad de bienes muebles patrimoniales indisponibles, planteándose el problema de si el Estado podía recobrar o no semejantes bienes, tanto cuando los bienes estuviesen en poder del primer adquirente, o en poder de un tercero. AMORTH ha estudiado el problema a la luz de una disposición de 1.º de febrero de 1945, que establece que cualquiera que después del 10 de julio de 1943 haya sido poseedor de cosas muebles de pertenencia estatal y no pueda demostrar la legitimidad de tal posesión, debe restituirles en el plazo de treinta días. La doctrina italiana señala cómo en esta disposición excepcional se sustituye el antiguo principio de la buena fe por el de demostrar la legitimidad de la posesión, no ya por lo que hace al título del tercer adquirente, sino con relación al originario.

De esta manera consideramos que en materia de dominio público no puede darse el supuesto del artículo 464 del Código civil (82) (83).

(81) Sobre este argumento me he ocupado más extensamente en el trabajo *La recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales*, publicado en el número 16 de esta REVISTA. Tal argumento es básico para la tesis, hoy ya derecho positivo, de que los bienes de dominio público, mientras tengan tal carácter, pueden ser recobrados administrativamente cuando estén en poder de particulares, aun cuando haya pasado un año desde tal ocupación. AMORTH, *L'acquisito del patrimonio mobiliare indisponibile dello Stato mediante possesso di buona fede*, en «Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile», 1953, págs. 476 y ss.

(82) VALLET DE GOYTISOLO, en su trabajo *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil*, establece que la posesión a que se refiere el citado precepto alude a muebles no sometidos a régimen jurídico distinto, en cuyo caso se presupone la exclusión del artículo 464. No cita, sin embargo, entre ellos al dominio público, sin que tampoco sea exhaustiva la lista que propone.

(83) Ciertos frutos producidos en bienes de dominio público y que por sus características son muebles, se venden en nuestro régimen administrativo. Véase el Real Decreto-ley de 8 de febrero de 1928 sobre ventas de hierbas y pastos nacidos en campos de instrucción del ramo de Guerra. También el Real Decreto-ley de 17 de octubre de 1925 relativo a los frutos del arbolado de las carreteras.

II.—LA VENTA DE LOS BIENES DEL ESTADO SIN LEY Y LA PROTECCIÓN REGISTRAL DE LA BUENA FE.

El artículo 6.º de la Ley de Contabilidad y Administración establece que sólo en virtud de una ley pueden enajenarse los bienes del Estado. Con respecto a esta materia el problema consiste en determinar si en los casos de ventas de bienes patrimoniales del Estado, verificadas sin ley, puede beneficiarse el tercer adquirente de buena fe de la protección que le dispensa el artículo 34 de la Ley hipotecaria.

Consideramos que en estos supuestos juega la protección registral de la buena fe; en primer lugar, porque según establecen los artículos 4.º y 5.º del Reglamento hipotecario, los bienes patrimoniales del Estado están sometidos al Registro y, por tanto, no cabe para ellos el argumento de su carácter extrarregistral. En segundo lugar, tampoco puede entrar en juego el párrafo primero del artículo 26 de la Ley hipotecaria, por cuanto la venta con ley preceptuada en el artículo 6.º de la Ley de Contabilidad no consagra propiamente una prohibición de disponer, ni tampoco una inalienabilidad de esta clase de bienes. Los bienes patrimoniales del Estado son enajenables y el requisito de la existencia de ley para su venta no implica una prohibición de disponer, sino que consagra el órgano competente para controlar tales ventas. Tampoco en estos casos cabe el argumento de la superioridad de la función pública, que la inalienabilidad protege, sobre el de la protección de la buena fe, ya que los bienes patrimoniales no están afectos a una función pública. Ciertamente que sus rentas están destinadas a ingresar en el presupuesto público; pero tal finalidad pública indirecta no basta para convertirlos en bienes de dominio público.

La falta de ley en las enajenaciones de bienes patrimoniales del Estado podrá determinar la ineficacia de las mismas, pero no debe impedir el juego de la protección de la fe pública registral. Ciertamente que en ocasiones el Estado goza de privilegios con respecto a sus bienes patrimoniales que no son propios de los bienes privados, como por ejemplo, la recuperación administrativa de su posesión en el plazo de un año; pero para que se den tales privilegios es necesario que, al menos, estén consagrados por disposiciones legales. Quien de buena fe adquiere a título oneroso de quien puede transmitir, según el Registro, e inscribe su título, está pro-

tegido por el artículo 34 de la Ley hipotecaria, aun cuando se trate de un bien del Estado que se enajenó por vez primera sin la ley previa que exige el artículo 6.º de la Ley de Contabilidad y Administración (84).

CONCLUSION

Por lo que hace a los bienes de dominio público estatal, juegan sobre los mismos dos grandes limitaciones referentes a su enajenación. Es una la inalienabilidad del dominio público, y la otra cristaliza en la necesidad de una ley para las enajenaciones de los bienes del Estado. Esta última, aunque fué históricamente un supuesto de inalienabilidad, no puede decirse que lo sea actualmente, porque la evolución de la regla conduce a la solución contraria y además porque llevaría a establecer la inalienabilidad de los bienes patrimoniales del Estado. Tal como está formulada

(84) Con respecto a los montes catalogados, nos encontramos en una situación muy parecida, en este punto, a los bienes patrimoniales del Estado. La nueva ley de montes de 8 de junio de 1957 no ha declarado, como se ha dicho alguna vez, la inalienabilidad de estos bienes, sino que, al igual que la Ley de Contabilidad, ha establecido en su artículo 2.º que «dos montes incluidos en el Catálogo sólo podrán ser enajenados mediante ley, salvo en los casos en que lo autoricen la presente u tras leyes especiales y los de expropiación forzosa para obras y trabajos cuyo interés general prevalezca sobre la utilidad pública de los montes afectados». Semejante declaración no constituye ciertamente la inalienabilidad de los montes catalogados, sino que los sitúa, a este respecto, en una posición jurídica análoga a los bienes del Estado, a que se refiere el artículo 6.º de la Ley de Contabilidad y Administración.

Como, por otra parte, los montes catalogados tienen acceso al Registro de la propiedad y la declaración del artículo 2.º de la Ley de 1957 no constituye técnicamente una prohibición de disponer, hay que concluir que para ellos juegan los principios hipotecarios cuando están inmatriculados, y que no puede aplicarse el párrafo 1 del artículo 26 de la Ley hipotecaria, porque no se trata de una prohibición legal de disponer.

De la inalienabilidad de los montes antes de la nueva Ley de montes, se había ocupado GUAITA en las dos ediciones de su obra *Régimen jurídico-administrativo de los montes*, Santiago de Compostela, 1951-1956, respectivamente. Véanse las págs. 34 y ss. de la primera edición.

Sobre la inscripción de los montes catalogados en el Registro de la propiedad, véase ALCALÁ-ZAMORA, *La inscripción de los montes públicos*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1925, págs. 161 y ss. Jerónimo GONZÁLEZ, *Sobre la inscripción de los montes públicos*, citada Revista, 1925, pág. 274. GONZÁLEZ PÉREZ, *El artículo 41 de la Ley hipotecaria y los montes públicos catalogados*, ídem 1950, pág. 30. Con respecto a este extremo, la nueva Ley de montes no permite las acciones reales del artículo 41 de la Ley hipotecaria con referencia a los montes catalogados o parcelas que de los mismos formen parte. LAS HERAS, *Trascendencia de la moderna legislación de montes en el Registro de la propiedad*, ídem 1946, pág. 548. ROCA SASTRE, ob. cit., III, págs. 218 y ss.

en el artículo 6.º de la Ley de Contabilidad, deviene una norma excesivamente rígida, en cuanto que ciertas enajenaciones de bienes del Estado, por su poca entidad, no deberían requerir una ley. A este respecto el Derecho canónico ofrece enseñanzas y matices que podrían ser útiles al Derecho administrativo. Sobre todo aquellos bienes patrimoniales que no producen rentas y que, por tanto, no tienen repercusión en un aumento impositivo, no deberían exigir una ley para su enajenación. Por lo que hace a las enajenaciones de los bienes patrimoniales de las Corporaciones locales, no rige la Ley de Contabilidad y ello se sustituye por la aprobación ministerial de las que excedan del 25 por 100 del presupuesto ordinario. Este sistema deja prácticamente sin control enajenaciones de gran cuantía en los municipios de elevado presupuesto, por lo que debería substituirse el sistema del tanto por ciento por una escala en la que se tuviera en cuenta la cifra del presupuesto, la cuantía de la enajenación y las rentas que produjeran los bienes enajenados. Finalmente, deberían establecerse reglas en orden a las enajenaciones de bienes de las entidades autónomas de Administración indirecta.

En cuanto a la inalienabilidad del dominio público, su fundamento hay que encontrarlo en su afectación o destino público, que muchas veces viene dado por la ley en función de la naturaleza. Mas la inalienabilidad no sólo protege la afectación o destino, sino que la protege manteniendo la titularidad administrativa de los bienes, por lo que no caben transmisiones de nuda propiedad del dominio público a particulares, si bien caben ciertos cambios de titularidad de dominio público entre entidades administrativas y, en supuestos muy restringidos, entre Estados.

La duración de la inalienabilidad viene dada por la del dominio público, careciendo nuestro régimen administrativo estatal de reglas generales relativas a la afectación y desafectación. Por lo que hace a nuestro Derecho local, debe rechazarse la posibilidad de que una afectación pública fáctica, operada sin expediente formal de afectación, no convierta a los bienes en públicos según establece el artículo 8.º del Reglamento de bienes de las Corporaciones locales. Debe por ello admitirse con más extensión el juego de las desafectaciones implícitas. El juego de la regla de la inalienabilidad, en la práctica, pone de relieve los inconvenientes de la inadmisión o de la poca extensión de las desafectaciones implícitas.

El incumplimiento de la regla de la inalienabilidad debe producir en buena doctrina la nulidad de las enajenaciones. En la doctrina extranjera

se observa al respecto la tendencia de significados autores franceses que, trabajando sobre la jurisprudencia, configuran la sanción del incumplimiento, con rasgos de la nulidad relativa, frente a los autores italianos, que influidos por el Derecho romano y por el juego de los principios dogmáticos, se pronuncian por lo general en favor de la nulidad absoluta. No debemos dejar de llamar la atención sobre la circunstancia de que en Francia se admite con una gran amplitud el ámbito del dominio público, que excede en mucho del llamado dominio público natural. En Italia, por el contrario, la categoría de los llamados bienes patrimoniales indisponibles ha permitido reducir en gran parte el ámbito del dominio público. Teniendo en cuenta estas circunstancias, estimamos la conveniencia de mantener el principio de la nulidad de las enajenaciones de dominio público, que podría dulcificarse, según las circunstancias del caso, con ciertos efectos de la nulidad relativa para algunas enajenaciones de bienes del dominio público no natural. Esta matización, unida a la existencia en España de ciertos bienes que no son privados, pero que tampoco son plenamente públicos, aconseja estudiar la conveniencia de implantar entre nosotros un régimen jurídico especial distinto del dominio público y del puro dominio privado, para ciertos bienes de la Administración, entre los que deberían incluir los montes, ciertos edificios destinados al servicio público y otros bienes administrativos destinados a la consecución de intereses sociales.

La incompatibilidad entre la función pública —protegida por la inalienabilidad— y la buena fe —protegida por el artículo 34 de la Ley hipotecaria y por el 464 del Código civil, la resolvemos en favor de la función pública, por cuanto los bienes inmuebles de dominio público, al ser extraregistrales, quedan al margen de los principios hipotecarios, y en cuanto a los muebles, por no caber posesión sobre los bienes extracomerciales.

Solución opuesta ofrecemos para los bienes patrimoniales del Estado, aun cuando hayan sido enajenados sin ley y luego transmitidos a un tercero por el titular registral. A estos terceros los consideramos protegidos por el artículo 34 de la Ley hipotecaria, siempre que, como es de rigor, sean adquirentes de buena fe.