

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXXIII

Marzo-Abril 1957

Núms. 346-347

Los derechos reales administrativos

SUMARIO

- I. *Introducción.*
- II. *Nociones generales.* A. *Concepto.* 1. Derecho subjetivo. 2. Derecho real. 3. Sobre el dominio público. B. *Naturaleza jurídica.* 1. Son derechos reales. 2. Son administrativos. C. *Clasificación.* 1. Derechos de goce: a) Derechos de uso. b) Derechos de disfrute. c) Derechos que implican consumo de la cosa. 2. Derechos de adquisición.
- III. *Elementos del derecho real administrativo.* A. *Sujetos.* 1. Sujeto activo. 2. Sujeto pasivo. B. *Objeto.* C. *Contenido.*
- IV. *Nacimiento, comercio jurídico y extinción.* A. *Nacimiento.* 1. La ley. 2. La concesión. 3. Prescripción. B. *Comercio jurídico.* C. *Extinción.* 1. Modos relativos al sujeto: a) Respeto del titular del derecho real administrativo; b) Respeto de la Administración: a') Por incumplimiento del concesionario; b') Por exigirlo el interés público. 2. Modos relativos al objeto: a) Desaparición de la cosa. b) Desafectación. 3. Modos relativos al título de constitución.

I. INTRODUCCIÓN

1. En 1908, al enfrentarse HAURIOU con un *arrêt* del Conseil d'Etat, el *arrêt* de 25 de mayo de 1906 («Ministerio de Comercio c/ Ferrocarriles de Orleáns»), registraba el giro que se había producido en la jurisprudencia del alto Cuerpo consultivo al configurar las facultades del concesionario sobre los bienes de dominio público. En aquel *arrêt* se hablaba claramente del derecho exclusivo de goce del concesionario sobre los bienes de dominio público. Y el Decano de Toulouse no vaciló en proclamar que estábamos en pre-

sencia de un auténtico derecho real, que existía toda una categoría de derechos reales administrativos (1).

Ya en 1900, un civilista, PLANIOL, al publicar la primera edición de su Tratado (2), agudamente había observado que existía un grupo de derechos especiales conferidos a los particulares por la Autoridad administrativa sobre el dominio público, a los que damos el nombre de concesiones, y que ofrecían la más grande analogía con los derechos reales. Y con anterioridad, dos de los grandes nombres de la ciencia del Derecho administrativo—OTTO MAYER y SANTI ROMANO—habían intuído la figura (3). Pero fué HAURIOU quien le da su formulación más precisa, y, poco después, la nueva categoría jurídica va a lograr la consagración definitiva en una célebre mono-

(1) En *Recueil Sirey*, 1908, III part., pág. 65, y en *La jurisprudence administrative*, París, 1929, III, págs. 270-281.

(2) «Il existe tout un groupe de droits spéciaux conferés aux particuliers par l'autorité administrative et portant sur le domaine public : nous leur donnerons le nom de concessions. Ces concessions offrent la plus grande analogie avec les droits réels...». PLANIOL, *Traité de droit civil*, 1.^a ed., 1900, n.^o 2.078. La frase fué adoptada por RIGAUD como lema de *La théorie des droits réels administratifs*. París, 1914.

Posteriormente, dirá : «La jurisprudencia más reciente y la doctrina reducen el derecho del concesionario a un derecho real inmobiliario con afectación especial». Cfr. PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés* (ed. española), La Habana, 1946, III, pág. 141. Donde cita las posiciones contradictorias de L^e BALLE, *De la nature du droit du concessioneer de sepulture*, París, 1924, y PELAT, *Des concessions de terrains ou des sepultures privées dans les cimetières public communaux*, Poitiers, 1825.

(3) OTTO MAYER hablará de que la concesión crea a favor del concesionario el derecho de ejercer una posesión exclusiva sobre la cosa pública, de que se «constituye un poder jurídico sobre la cosa», de que la concesión crea «un derecho subjetivo público». Cfr., *Derecho administrativo alemán*, ed. española, Buenos Aires, 1951, III, págs. 248, 253 y 254.

ROMANO, en *La teoría dei diritti pubblici subiectivi*, en *Primo Trattato*, de ORLANDO, 1897, I, págs. 111-121, al referirse a los derechos públicos patrimoniales, dice : «MEYER, en la recensión a la obra de JELLINEK (*Archiv. f. oeff. R.*, IX, pág. 283), notaba que la propiedad pública, las servidumbres de Derecho público, las concesiones especiales de derecho de uso sobre la cosa pública... eran derechos públicos patrimoniales» (Cfr. página 211). Y después añade (págs. 218-220), entre los derechos públicos patrimoniales del ciudadano, los más notables son, sin duda alguna, aquellos que se poseen sobre las cosas, o mejor sobre el dominio público. Reconoce que su naturaleza es muy discutida. Por ejemplo, al hablar de los derechos que gozan los propietarios sobre una calle, unos creen que es servidumbre fácil; otros, que *sui generis* (v. gr., LONGO, en *Anuario crítico de Cagliolo*, VIII, 1896, I, págs. 10 y ss.); otros, que se trata de concesiones administrativas. «Pero aun cuando no ofrece duda que el título del derecho es una autorización o concesión, queda siempre por examinar si se trata de un derecho de propiedad, de un derecho de uso o de una servidumbre».

grafía: la «Teoría de los derechos reales administrativos», de RIGAUD (4).

A partir de este momento, una acalorada polémica va a surgir en la doctrina de los principales países del continente europeo sobre la nueva categoría de la ciencia jurídica, que trasciende a nuestros días. Y así como PEQUIGNOT (5), siguiendo la línea de HAURIOU, va a admitir la figura en Francia, como en Alemania la admiten FORSTHOFF (6) y KOELREUTER (7), y en Italia FORTI (8), ZANOBINI (9) y RANELLETTI (10), en contra levantarán sus voces autores como DUGUIT (11), BERTHELEMY (12), BONNARD (13) y LAUBADERE, que cerrarán las páginas de su Manual, en su edición de 1955, proclamando que trasladar la figura del derecho real al campo del Derecho administrativo supone, más que una simple trasposición, una desnaturalización (14).

La doctrina española e hispanoamericana también se ha hecho eco de la polémica, y, al lado de los defensores de la figura, como ALCALÁ-ZAMORA (15), ALVAREZ GENDÍN (16) y VILLAR PALASI (17),

(4) Cfr. nota 2. Poco antes había aparecido en Italia una sugestiva monografía de DANTE MAJORANA con el siguiente título: *La teoria dei diritti pubblici reali*, Catania, 1910.

(5) *Theorie générale du contrat administratif*, París, 1945, pág. 551. En análogo sentido, citando los antecedentes de LAUREN (*Principes du Droit civil*, T. VIII, pág. 118), PARDESSUS (*Traité des servitudes*, I, número 42) y CORTEILLE (*Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*), DIEUDÉ, *Etude juridique des servitudes administratives* (tesis), Montpellier, 1942, págs. 59 y ss. Vid., también PELLOUX, *Le problème du domaine public*, París, 1932, págs. 311 y ss.; TROTABAS, *Manuel de Droit public et administratif*, París, 1953, págs. 144 y ss.

(6) *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 2.^a ed.. Munich y Berlín, 1951, I., págs. 282 y ss.

(7) Cit. por VILLAR PALASI, en *Concesiones administrativas*, «Nueva Encyclopédia Jurídica», Seix, Barcelona, 1952, IV, pág. 702, en nota 57.

(8) *Diritto amministrativo*, Nápoles, 1947, II, pág. 137.

(9) *Corso di Diritto amministrativo*, 3.^a ed., Milán, 1948, IV, pág. 27.

(10) En *Faculté create della autorizzazioni e della concessioni amministrative*, «Riv. Italiana per la Scienze Giurídiche», 1897, pág. 251, ya se había referido al problema, insistiendo en otros trabajos posteriores. En el mismo sentido, GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, págs. 328 y ss., y bibliografía allí cit.

(11) *Droit constitutionnel*, T. III., pág. 357.

(12) *Traité élémentaire de Droit administratif*, 10.^a ed., pág. 714.

(13) *Précis élémentaire de Droit administratif*, 3.^a ed., pág. 732.

(14) *Manuel de Droit administratif*, 4.^a ed., París, 1955, pág. 316.

(15) *La concesión como contrato y como derecho real*, Madrid, 1918.

(16) *El dominio público. Su fundamento y naturaleza jurídica*, en «Estudios dedicados al Prof. Gascón y Marín», Madrid, 1952, págs. 297 y ss., y en *El dominio público*, Barcelona, 1956, págs. 53 y ss.

(17) En *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, «Revista de Administración Pública», núm. 1, pág. 109, y en *Concesiones administrativa-*

entre los españoles, y VILLEGRAS BASALVIBASO (18), SARRIÁ (19), SPO-
TA (20), DíEZ (21) y MARIENHOFF (22), entre los americanos, es po-
sible encontrar detractores, como FERNÁNDEZ DE VELASCO (23), GA-
BINO FRAGA (24) y CHIGLIANI (25).

En esta situación, nuestra primera tarea será examinar la posi-
ble admisión de la figura en el Derecho administrativo.

2. Por lo pronto, existe una objeción rechazable *a limine*. Aquella que, por un prurito de autonomía científica, mira con recelo todo concepto elaborado en el seno del Derecho privado. Pues una cosa es la esclavitud a los conceptos de Derecho privado y otra muy distinta que si, al enfrentarnos con la realidad jurídica administra-
tiva, nos encontramos con instituciones que encajan en conceptos elaborados antes por otra disciplina jurídica, utilicemos tales con-
ceptos. Claro está que no será posible, sin más, trasplantar el con-
cepto de una a otra esfera. Porque la realidad jurídico-administrativa ofrecerá peculiaridades acusadas que impondrán unas característi-
cas determinadas a la figura. Por eso, cuando GARCÍA DE ENTERRÍA se enfrenta con el insistente ataque de los que niegan al llamado con-
trato administrativo su carácter contractual, aun reconociendo que el contrato administrativo no responde a los cánones clásicos de la figura, tal y como fué elaborada por el Derecho civil, concluye que la cuestión que debe analizarse no es otra que la siguiente: «si las

tivas, «Nueva Enciclopedia Jurídica», Barcelona, 1952, IV, págs. 702 y ss.

En análogo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usu-
cación en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, pág. 146., y GAY DE MON-
TELLA, *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, 2.^a ed., Bar-
celona, 1949, págs. 268 y ss.

(18) *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1952, IV, págs. 248 y ss.

(19) *Teoría del recurso contencioso-administrativo*, Córdoba, 1943, pá-
ginas 33 y ss.

(20) *Tratado de Derecho de aguas*, Buenos Aires, 1941, núms. 1.156 y ss.

(21) *Dominio público*, Buenos Aires, 1940, págs. 417 y ss.

(22) *Dominio público (protección jurídica del usuario)*, Buenos Aires, 1955, págs. 123 y ss.

También admite la figura CAETANO en *Manual de Direito administrativo*, Coimbra, 1951, pág. 189, y en *Tratado de Derecho administrativo* (traduc-
ción de LÓPEZ RODÓ), Santiago de Compostela, 1946, pág. 222.

(23) *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas*, Madrid, 1935, págs. 228 y ss.

(24) *Derecho administrativo*, 5.^a ed., México, 1952, págs. 511 y ss., si bien lo único que hace es seguir la legislación mexicana, en la cual la Ley de Bienes Nacionales (art. 12) declara que «las concesiones sobre los bie-
nes de dominio público no crean derechos reales».

(25) CHIGLIANI, *En torno a las concesiones de ocupación de bienes de
dominio público*, en «La Ley», 29 de julio de 1945.

reglas particulares aplicables a los contratos administrativos son reglas comprensibles perfectamente en el seno del contrato o no» (26).

Análoga postura hay que adoptar cuando nos enfrentamos con el derecho real administrativo. Y esto lo reconocen incluso algunos de los que se mueven en la línea crítica. Concretamente, FERNÁNDEZ DE VELASCO, después de reseñar el reparo formulado por la doctrina, consistente en que, inventada la categoría de los derechos reales para aplicarla al régimen de propiedad privada, del cual es un elemento, se desvirtúa y pierde carácter al acomodarla a la propiedad pública, concluye que estos reparos no son convincentes, «porque surge la doctrina por analogía con la correspondiente del Derecho civil, y, naturalmente, siendo distintos los supuestos, han de ser distintas las consecuencias, aunque paralelas y análogas», y «no hay razón para que solamente puedan admitirse como derechos reales los de origen civil, pues, en último término, no tienen a su favor más que un motivo de precedencia histórica» (27).

Es necesario, por tanto, enfrentarnos con la realidad jurídico-administrativa y ver si en ella cabe encontrar la figura del derecho real. Claro está que es necesario tener un concepto claro de que sea el derecho real. Pero no se trata—como afirma RIGAUD—de partir de un concepto apriorístico y encerrar la realidad en esquemas abstractos, sino de observar atentamente la propia realidad, tal y como se nos presenta, tal y como se manifiesta en las propias decisiones jurisprudenciales, en los esfuerzos constantes hechos por la misma para reglamentar las situaciones que pretenden explicar (28).

Pues bien, ¿qué es el derecho real? La noción del derecho real, no propia del Derecho romano, pero ya acogida, a través del Derecho canónico, en el Derecho común, se puede considerar fundamental en la ciencia jurídica moderna (29). Pero como consecuencia del ataque de la tesis obligacionista, el concepto tradicional de poder inmediato sobre la cosa fué puesto en tela de juicio. Sin embargo, es necesario reconocer el valor de la vieja concepción. Porque el deber de exclusión general predicado por la tesis obligacionista como ca-

(26) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, «Revista de Administración Pública», núm. 10, pág. 271.

(27) *Naturaleza jurídica de cementerios*, cit., pág. 234.

(28) *La théorie des droits réels administratifs*, cit., pág. 5.

(29) MANDRIOLI, *Diritti reali*, en «Nuovo Digesto», IV, pág. 879.

racterística de los derechos reales frente a los de obligación, no es peculiar de los derechos reales, sino que es el efecto normal producido por la creación de cualquier relación jurídica. Porque los derechos reales suponen algo más: el reconocimiento de un poder inmediato sobre un objeto, que, por ello, queda jurídicamente vinculado al sujeto (30). Como dice DE BUEN, «la objeción de que no cabe una relación jurídica directa de una persona sobre una cosa descansa en el error de confundir el papel del objeto con el del sujeto. Ciento que una cosa no entra, por definición, en relación jurídica; no se obliga, pero ningún obstáculo fundamental existe para que la relación entre una persona y una cosa sea una relación de Derecho» (31).

Esto supuesto, ¿cabe encontrar en las relaciones en que es parte la Administración pública, derechos atribuídos a un sujeto sobre una cosa? La respuesta afirmativa se impone. Basta asomarse a nuestra legislación para convencernos de la existencia de auténticos derechos reales, de que es titular la Administración pública o de que son titulares los administrados. Ahora bien, gran parte de estos derechos reales son verdaderos derechos reales privados. No existen diferencias apreciables entre los mismos y los que están sometidos al régimen jurídico privado. Así como la Administración pública ostenta derechos de propiedad privada sobre las cosas, también ostenta derechos reales limitados sobre las cosas de los particulares. Pensemos en los derechos reales de garantía—hipotecas legales—en favor de la Hacienda pública (32), en los derechos de tanteo o retracto que se reconocen a la Administración pública en defensa del Patrimonio artístico o de la riqueza forestal (33), en buen número de servidumbres a favor de la Administración, idénticas a las que

(30) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, I, pág. 659.

(31) *Derecho civil común*, 3.^a ed., 1935, págs. 138 y ss.

(32) Como existen hipotecas legales de que son titulares sujetos privados. Cfr. ROCA, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948, IV, págs 641 y ss.

(33) Respecto del derecho de tanteo reconocido en defensa del patrimonio artístico, vid. ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, 24.^a ed., Valladolid, 1955, II, pág. 537. Respecto del derecho de tanteo en defensa de la riqueza forestal, vid., por ejemplo, art. 17, Ley de 10 de marzo de 1941, y arts. 63 y ss. del Reglamento de 30 de mayo de 1941.

Se ha discutido el carácter de estos derechos. En este sentido, por ejemplo, CHACÓN, *Retractos administrativos*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. V, 1950, págs. 173 y ss., el cual considera que tales «retractos» no son sino meros modos de expropiar. Pero como he señalado en otra ocasión («Revista de Administración Pública», núm. 4, páginas 355 y ss.), son claras las diferencias existentes entre una y otra institución.

dos a un régimen especial y que respeten la afectación del dominio público.

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

Esta distinción entre comercio jurídico privado y comercio jurídico público es fundamental para comprender e interpretar la contradictoria doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado sobre la posibilidad de servidumbres sobre el dominio público, como consecuencia del contrato de la Compañía Telefónica Nacional de España, bien estudiada en un logrado trabajo sobre el tema publicado en los «Estudios en honor del maestro García Oviedo» (41). Cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo proclama la posibilidad de servidumbres sobre el dominio público, está pensando en las servidumbres de Derecho privado, está pensando en que las servidumbres que se reconocen a favor de la Compañía Telefónica sobre el dominio público son de igual naturaleza que las que se crean sobre la propiedad privada (42). Por eso es rechazable. Porque el dominio público—como reconoce el Consejo de Estado en sus dictámenes—sólo es susceptible de tráfico jurídico público, sólo son

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

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

posibles derechos basados en títulos administrativos como es la concesión (43).

b) Los contradictores de la figura lo han hecho desde otra perspectiva. Aun admitiendo que los bienes de dominio público sean susceptibles de derechos a favor de los particulares, han negado que estos derechos puedan ser configurados como auténticos derechos reales. Porque si es característica esencial de los derechos reales su eficacia *erga omnes*, esta característica esencial quiebra en los llamados «derechos reales administrativos». Los derechos reales administrativos, los derechos del concesionario sobre los bienes de dominio público, son ejercitables frente a todos menos frente a la Administración pública concedente. Porque los concesionarios del dominio público no tienen sobre la dependencia concedida más que un *derecho de posesión precario y revocable* (44). Pero a estas ideas se ha opuesto :

a') En primer lugar, la nueva dirección observada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual—como ya afirmaba HAURIOU—el concesionario del dominio público es titular de un derecho ejercitable frente a todos, incluso frente a la Administración concedente, *salvo en la línea de precariedad*; pero esta línea de precariedad, muy estrecha, deja al derecho real toda una esfera de utilidades (45).

b') Pero se ha llegado a más. Se ha llegado a afirmar que no es posible invocar la precariedad para rechazar el carácter real,

(43) En dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 1948 (aceptado en la Orden ministerial de 29 del mismo mes y año), se afirmó que «las pretendidas servidumbres de que habla el contrato con la Compañía Telefónica Nacional de España sólo son efectivas servidumbres cuando recaen sobre predios de dominio privado y revisten plenamente la naturaleza de concesiones administrativas de dominio público cuando recaen sobre éste» (cit. por M. USEROS).

Esta correcta doctrina es la que se recoge en el Decreto de 10 de octubre de 1952, que «recoge el viejo e inconciso principio de la incomercialidad jusprivativista de los bienes de dominio público; es decir, la inaptitud para ser objeto de actos y negocios jurídicos de Derecho privado». M. USEROS, «Improcedencia de servidumbres», cit., pág. 137.

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

(45) HAURIOU, *La jurisprudence administrative*, cit., III, pág. 280.

puesto que el derecho de propiedad mismo no es menos frágil frente al interés público (46). Y hasta a negar la precariedad misma. No es exacto—se ha dicho—que el derecho real administrativo sea «precario», ni aún respecto del Estado concedente. Las razones que algunos juristas, como HAURIOU, invocan para sostener tal precariedad, consistentes en la naturaleza temporal revocable o rescabitable que ellos le atribuyen a tales derechos, es equivocada e inaceptable. «Pues aun para dichos juristas, en tanto el derecho de uso no haya sido legalmente extinguido, su titular puede oponerlo incluso a la Administración concedente. Si se desconociere la posibilidad de que el concesionario promueva acciones posesorias contra el concedente, el derecho de aquél quedaría prácticamente sin sentido, ya que resultaría privado de uno de sus efectos principales». «No es exacto que el derecho real administrativo sea diferente del derecho real civil, en que aquél sea precario y en que éste no lo sea. Lo que tiene de particular el derecho real administrativo, que lo distingue del civil, es que aquél hállese disciplinado por un régimen jurídico especial: un régimen de dominio público, esencialmente de Derecho administrativo, de características distintas al de Derecho privado. Los principios del Derecho administrativo regulan todo lo relacionado con el derecho real administrativo» (47).

Esto supuesto, podemos llegar a la conclusión de que es posible encontrar derechos reales administrativos, derechos sobre bienes de dominio público, que en ningún caso suponen la adquisición del mismo, sino simplemente su explotación con fines concretos, mientras la Administración no lo precise (Sent. 17 junio 1950), como así ha sido configurado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (48) y buena parte de nuestra doctrina (49).

4. No es nuestro propósito hacer un estudio exhaustivo de la

(46) DIEUDÉ, *Etude juridique des servitudes administratives*, cit., páginas 67 y ss.

(47) MARIENHOFF, *Dominio público*, cit., págs. 130 y ss.

(48) Cfr. VILLAR PALASI, *Concesiones administrativas*, cit., pág. 702 y Sents. que allí se citan.

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

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

figura, sino ofrecer las líneas generales de lo que podría ser una teoría general del derecho real administrativo, en la que, después de ofrecer una definición e intento de clasificación de sus distintos tipos, se hace un resumen de los problemas generales que su estudio ofrece, tanto desde un punto de vista estático, esto es, sus elementos—sujetos, objeto y contenido—, como desde un punto de vista dinámico—nacimiento, comercio jurídico y extinción—.

II. NOCIONES GENERALES

A. *Concepto.*

Los derechos reales administrativos, o al menos los derechos reales administrativos que aquí interesan, son los *derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público*. El análisis del concepto nos permitirá precisar los supuestos de la realidad jurídico-administrativa que así pueden ser considerados. Para que pueda hablarse de derecho real administrativo es necesario que se den los tres elementos que integran la definición, a saber: primero, que exista un auténtico derecho subjetivo; segundo, que el derecho sea real, y tercero, que el objeto del mismo sea un bien de dominio público.

1. *Derecho subjetivo.* No es necesario insistir acerca de la imprecisión que rodea el concepto de derecho subjetivo en general, y concretamente cuando se refiere al Derecho público, confusión a la que han contribuido no poco su valor político y su valor técnico (50). Baste señalar como introducción que para nosotros es un concepto fundamental de la ciencia del Derecho, del que no puede prescindirse.

El derecho subjetivo es—en acertada definición de CASTRO—un poder concreto confiado a un miembro de la comunidad. Su esencia se manifiesta en el doble valor de la titularidad: como poder sobre una situación jurídica (facultad de disposición) y por ser lí-

(50) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, págs. 638-639; y en el campo del Derecho administrativo, GARRIDO, *Las tres crisis del derecho público subjetivo*, «Estudios dedicados al Profesor García Oviedo», Sevilla, 1954, I, pág. 177.

citos sus actos dentro de la esfera concedida (ámbito de lo lícito) (51). Por tanto, no existe derecho subjetivo cuando el Ordenamiento jurídico no confía esa situación de poder concreto, sino que se limita a una reglamentación de la realidad que puede producir un efecto reflejo, en ventaja o beneficio de determinadas personas, que adquieran la condición de *interesados*.

Con esta base resulta fácil la exclusión del campo de los derechos reales administrativos de una serie de supuestos que la doctrina y la legislación administrativa engloban bajo la rúbrica de uso común de los bienes de dominio público. Es cierto que, también en estos casos, se ha hablado de un derecho a favor de los particulares, bien de un derecho de uso—como PROUDHON—, bien de un derecho de copropiedad—como MEUCCI—, bien de un derecho de servidumbre personal—como REDENTI—, bien como una manifestación de los derechos cívicos, concretamente, una manifestación de la libertad del ciudadano, que le faculta para desenvolverse dentro de la esfera de actividad que el Derecho le reconoce (52). Pero, como afirma ZANOBINI, la expresión «derechos cívicos» sólo es usada en sentido propio en aquellos casos en que, establecida una condición y cumplida por el particular, tiene éste un verdadero derecho a la prestación de un servicio, lo que no ocurre en el uso común de los bienes de dominio público. El interés cívico al uso de los bienes de dominio público tiene carácter de interés colectivo: es reconocido por igual a todos, como un bien de la generalidad, sin individualizarse en ningún sujeto determinado. Los particulares, como partícipes del interés colectivo, no tienen ningún medio para su actuación: no se trata, por tanto, de un interés ocasionalmente protegido, salvo en el caso de que una determinada persona añada al interés que puede tener como partícipe de la colectividad otro interés personal y directo (53) A la misma conclusión cabe llegar en nuestro

(51) *Derecho civil de España*, cit., pág. 640.

(52) Un resumen de las distintas posiciones, en ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, Milán, 1953, págs. 398 y ss.; JEZE, *Nature juridique du pouvoir des individus sur les dépendances du domaine public*, «Revue de Droit public et de la Science politique», 1910, págs. 700 y ss.; SALEM, *Natura giuridice dell'uso comune dei beni demaniali*, «Studi Sassasi», 1923; TROTABAS, *Des utilisations du domaine public par les particuliers*, 1924. Entre nosotros, GARCÍA OVIEDO, *Derecho administrativo*, 5.^a ed. (por M. USEROS), Madrid, 1955, I, págs. 356 y ss.

(53) *CORSO di diritto amministrativo*, cit., IV, pág. 26. En análogo sentido, JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subietivi* (trad. italiana), 1912, pág. 84.

Derecho positivo, a la luz del art. 59, núm. 1.^o, apartado a), del Reglamento de Bienes de las Entidades locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, al definir el uso común general como «el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados... cuando no concurran circunstancias singulares».

No es tan fácil, sin embargo, la solución, cuando se trata de uso común especial, es decir, cuando concurriendo circunstancias singulares, «por la peligrosidad, intensidad del uso o cualesquiera otra semejante» (art. 59, 1.^o, b), Reglamento de Bienes, cit.), el particular necesite un permiso o licencia para utilizar el bien de dominio público (art. 61, Reglamento de Bienes) (54). En estos casos, el permiso o licencia corresponde al concepto técnico de autorización, esto es, se trata de un acto administrativo que remueve un límite al ejercicio de una actividad por sí misma comprendida en la esfera jurídica individual. Para cierto sector doctrinal, otorgada la autorización, cabe hablar de un derecho a favor del particular a usar la cosa de dominio público, si bien de un derecho *affievolito* (en terminología italiana) (55). Pero, aun cuando pudiera hablarse de un derecho subjetivo—y existen argumentos de gran fuerza en contra (56)—, en modo alguno cabría hablar de un auténtico derecho real. Como afirma la doctrina francesa—al referirse a las *permissions de stationnement sur la voie public*—, el ocupante del dominio público no adquiere, en estos casos, un derecho real sobre el

(54) Según el párrafo 1.^o de dicho artículo, «El uso especial normal de los bienes de dominio público podrá sujetarse a licencia, ajustada a la naturaleza del dominio, a los actos de su afectación y apertura, al uso público y a los preceptos de carácter general». Por el contrario, están sujetos a concesión administrativa—según el art. 62—, «el uso privativo de bienes de dominio público y el uso anormal de los mismos».

(55) ALESSI, *Sistema istituzionale*, cit., pág. 403. ZANOBINI, en *Corso*, cit., IV, pág. 27, dice: «Cuando el uso especial se basa en el cumplimiento de una condición, como el pago de una tasa, el particular tiene un verdadero derecho; cuando se funda en una autorización, que es acto por sí discrecional, tiene sólo un interés legítimo».

(56) Pues, como el mismo ZANOBINI reconoce (cfr. *Corso*, cit., IV, página 27), «el uso especial participa de la misma naturaleza que el uso común». Y entre nosotros, ALVAREZ GENDÍN, en *El dominio público*, cit., páginas 59 y ss., afirma: «el permissionario adquiere por el permiso el derecho a no encontrar obstáculos de parte de la Policía, que le impida el ejercicio de la actividad a que el permiso se refiere. Ahora bien, el ejercicio de esa actividad puede tener como medio la utilización del dominio público, produciéndose entonces una situación de *puro hecho*, constitutiva de un uso exclusivo o de un uso más intensificado que el ejercicio por la generalidad de los usuarios».

dominio público; no goza de las acciones posesorias que suponen el derecho real; no conciernen, en principio, más que a la policía de la circulación (57). De aquí que, si no por estimar que estamos en presencia de un derecho subjetivo, al menos por considerar que el derecho no sería en ningún caso de naturaleza real, habrá que excluir tales supuestos del campo de los derechos reales administrativos (58).

2. *Derecho real.* Los derechos reales administrativos no sólo son derechos subjetivos; son derechos reales, esto es, recaen sobre cosas. Esta segunda característica nos permitirá excluir del concepto aquellos casos en que, existiendo un derecho subjetivo, su titular no ostenta un poder concreto sobre la cosa, sino un derecho frente a la Administración pública, en virtud del cual ésta viene obligada a realizar alguna prestación o a abstenerse de llevar a cabo ciertas actividades en perjuicio de aquella situación jurídica reconocida a favor del particular.

Por lo general, es fácil la delimitación de unos y otros supuestos. Pero, como siempre que nos enfrentamos con una clasificación, no deja de haber casos límites respecto de los que surge la dificultad. Tal es el caso de los supuestos de «uso común especial», a los que me he referido.

3. *Sobre un bien de dominio público.* Por último, señalamos que son derechos reales, cuyo objeto es siempre un bien de dominio público. Es indudable que todos los derechos reales que recaigan

(57) RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, cit., págs. 85 y siguientes.

(58) La naturaleza jurídica ha sido discutida. Para algunos, el permiso da lugar a un derecho subjetivo (v. gr., LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, 1946, pág. 119), llegando a afirmarse que da lugar a un verdadero derecho real administrativo (v. gr., SPOTA, *Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. IV, 5.^o, Buenos Aires, 1953, pág. 652, y JANSSÉ, *Les traits principaux des régime des biens du domaine public*, París, 1938, número 318). Pero la tendencia dominante es la que entiende que el permiso no crea derecho subjetivo alguno. Cfr. VILLEGRAS-BASAJ-VILBASO, *Derecho administrativo*, IV, Buenos Aires, 1952, pág. 218, y MARIENHOFF, *Dominio público*, cit., pág. 95 y ss.

En la doctrina francesa suelen distinguirse dos tipos fundamentales: el primero (que es el que coincide exactamente con el permiso de que se habla en el texto), es el *permis de stationement temporaire ou de dépôt ou de placeage*. El segundo, la *permission de voirie*, comprende supuestos muy distintos, algunos de los cuales vienen a suponer auténticas concesiones, y, en consecuencia, la creación de derechos. Cfr. HAURIQUET, *Précis élémentaire de Droit administratif*, París, 1925, págs. 325 y ss.

sobre dominio público han de ser administrativos, pues los derechos reales civiles son incompatibles con el dominio público. Ahora bien, ¿únicamente existen derechos reales administrativos sobre el dominio público? ¿No es posible concebir derechos reales administrativos sobre bienes de propiedad privada? Si a favor de los particulares se reconoce la existencia de derechos reales administrativos sobre el dominio público, ¿por qué no van a existir derechos reales administrativos sobre bienes de propiedad privada?

Es indiscutible que, a favor de las Entidades públicas, se reconocen derechos reales sobre bienes de propiedad privada; existen derechos de goce—v. gr., servidumbres—, derechos de garantía —v. gr., hipotecas legales a favor de la Hacienda pública—, derechos de adquisición—v. gr., tanteos y retractos legales—. Ahora bien, el problema está en si en estos casos se da realmente el régimen exorbitante del Derecho común característico de los derechos reales administrativos o si, por el contrario, estamos en presencia, lisa y llanamente, de derechos reales privados. En mi opinión, al menos en la mayoría de los casos, tales derechos son derechos privados; no existe régimen especial administrativo; la hipoteca legal, por ejemplo, creada a favor del Estado, no ofrece en su régimen jurídico diferencias esenciales respecto de otras hipotecas legales.

Sin embargo, existe un grupo de derechos reales a favor de la Administración pública que ofrece ciertas especialidades. Son aquellos que se establecen en razón del dominio público, cuando el dominio público aparece en escena como predio dominante en una servidumbre real. Porque resulta indudable que si el dominio público puede aparecer como predio sirviente en una servidumbre de naturaleza administrativa, también puede ser predio dominante (59). Lo pone de manifiesto, en nuestro Derecho, el art. 109 de la Ley de Obras Públicas, al decir: «También se necesita autorización para la ejecución o explotación de una obra que altere servidumbres establecidas sobre propiedad privada en beneficio del dominio público».

(59) DIEUDE, *Etude juridique des servitudes administratives*, cit., páginas 31-37.

B. *Naturaleza jurídica.*

La naturaleza jurídica de los derechos reales administrativos viene dada por las dos notas fundamentales que integran el concepto: son derechos reales, pero no privados; son derechos reales *administrativos*. Una y otra característica comportan importantes consecuencias en su régimen jurídico.

1. *Son derechos reales.* Al ser derechos reales participan, en principio, de las características propias de esta figura jurídica; recaen sobre la cosa, su titular puede hacer uso de los medios de protección jurídica inherentes a los derechos reales, su eficacia se despliega *erga omnes*, etc.

2. *Son administrativos.* Ahora bien, no se trata de los derechos tradicionales del Derecho privado. Se trata de una figura propia del Derecho administrativo. El hecho de que recaigan sobre un bien de dominio público implica su sometimiento al régimen jurídico especial propio del dominio público, que no es más que una manifestación especial del régimen administrativo. ¿Qué quiere decir esto? Sencillamente, la aparición, frente al titular del derecho real administrativo, de un sujeto cualificado, investido de prerrogativa: la Administración pública, titular del dominio. El titular del dominio limitado por el derecho sobre cosa ajena no es un propietario común, con las facultades que al mismo reconocen las leyes civiles. Es una entidad pública que actúa, no como una persona jurídica privada, no como los demás sujetos de derecho, sino en un plano superior, adoptando una posición «exorbitante del Derecho común». «Un principio del Derecho administrativo—dirá, en la doctrina argentina, MARIENHOFF—regula todo lo relacionado con el derecho real administrativo; así, por ejemplo, este derecho real no podría ser opuesto a la Administración concedente cuando ésta, actuando válidamente, revocase o caducase la concesión o desafectase la respectiva dependencia del dominio público: los *principios* sobre presunción de legitimidad del acto administrativo, y sobre su ejecutoriedad obstarían a ello. Tal conclusión no sería concebible en el ámbito del Derecho privado. La diferencia entre el derecho real administrativo y el civil radica, pues, en que aquél hállese regido por los principios propios del Derecho administrativo» (60).

(60) *Dominio público*, cit., pág. 133.

C. Clasificación.

Es difícil clasificar los derechos reales administrativos, dada la profunda variedad existente entre ellos. Tanta, que FERNÁNDEZ DE VELASCO creyó que el reparo fundamental que podía oponerse al intento de construir una teoría de los derechos reales administrativos consistía en la imposibilidad de someter a uniformidad de normas todos los derechos que pueden constituirse a favor de los particulares sobre el dominio público (61). Sin pretender desconocer la peculiaridad de cada uno de tales derechos, es posible afirmar que existen en los mismos unas notas comunes, que permiten intentar la construcción de una teoría general del derecho real administrativo, así como una clasificación, utilizando como criterio básico las facultades que confieren al sujeto.

Como es de sobra sabido, tres son las categorías de derecho real que se vienen admitiendo por la doctrina: derechos reales de goce, derechos reales de garantía y derechos reales de adquisición. ¿Es posible la admisión de estos tipos tradicionales de derecho real cuando tienen por objeto el dominio público? Por lo pronto, existen unos—los derechos reales de garantía—que son en absoluto incompatibles con la naturaleza del dominio público. Si para que sea posible la constitución de un derecho real administrativo es necesario que esté en armonía con el fin público a que está afectado el bien sobre que recae, resulta obvio que no existe fin público compatible con un derecho real cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación y cuyo ejercicio desembocará en la venta de la cosa sobre que recae para lograr la efectividad del derecho a que está afectado. Tan es así, que entre las notas esenciales que tradicionalmente vienen siendo consideradas como inherentes al régimen jurídico propio del dominio público, está la inembargabilidad y el no ser susceptible de gravamen. Ahora bien, si es inadmisible la figura del derecho real de garantía sobre un bien de dominio público, nada se opone a la admisión de los restantes tipos de derecho real que nos ofrece el Derecho privado: los llamados derechos de goce y los de adquisición.

(61) *Naturaleza jurídica de cementerios*, cit., pág. 234.

1. *Derechos de goce.* Constituyen, sin duda alguna, el núcleo más importante de los derechos reales administrativos. Casi podría decirse que los derechos reales administrativos son derechos de goce sobre bienes de dominio público. Ahora bien, lo discutible es hasta qué punto es admisible la clasificación de los derechos privados de goce en temporales y perpetuos, clasificación que, en principio, no puede aceptarse en Derecho administrativo, porque los derechos reales administrativos suelen ser temporales. Debe partirse, por tanto, de otro criterio de clasificación: los derechos de goce implican el aprovechamiento del bien de dominio público objeto de los mismos; luego si las facultades de aprovechamiento inherentes al dominio consisten en usar, disfrutar y abusar o consumir la cosa, es posible una clasificación de los derechos reales administrativos de goce, según se refieren a una de estas facultades.

a) *Derecho de uso.* Existe, por lo pronto, un grupo de derechos reales que implica utilización de la cosa misma. Sobre el dominio público se crea, a favor de un tercero, un derecho a utilizar la cosa, derecho que, a su vez, puede revestir diversas modalidades.

a') A veces se trata meramente de una utilización del dominio público, sin que exista ocupación. Tal es el caso de las llamadas *aisances de voirie* del Derecho francés, y que, al decir de HAURIOU, constituyen «una especie de derecho de servidumbre» (62), derecho en el que insistió la doctrina posterior, que no dudó en calificarles de verdaderas servidumbres administrativas (63), aun cuando tal conclusión sea muy discutible.

b') Otras, el derecho de uso implica una ocupación del dominio público. Tal es el caso de lo que el Reglamento de Bienes de las Entidades locales llama «uso privativo del dominio público», que es «el constituido por la ocupación de una porción de dominio público, de modo que limite o excluya la utilización de los demás interesados» (art. 59, 2.º). Y en la legislación estatal pueden encontrarse no pocos ejemplos de este tipo de derechos, que sin duda constituyen una de las especies más comunes de derechos reales administrativos (64).

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

(63) DREUDE, *Etude juridique des servitudes administratives*, cit., páginas 69-74.

(64) Pensemos en el derecho de los concesionarios de los servicios de

c') Y a veces el derecho reconocido al concesionario es de tal naturaleza, que viene a constituir casi una propiedad. La concesión perpetua en los cementerios es el ejemplo que cita HAURIOU de este tipo de derecho real administrativo (65).

b) *Derechos de disfrute.* La facultad de disfrutar los bienes consiste en obtener «todo lo que ellos producen» (art. 353 del Código civil). Si los autores del pasado siglo—como recuerda ALVAREZ GENDÍN—consideraban los bienes de dominio público improductivos, o la improductividad o no rendimiento de frutos como una de sus características, ya BATRIE hacía observar la consideración especial de los ferrocarriles, que eran objeto del cobro de derechos por servicios, y PELLOUX, después, considerará el dominio público como fuente apreciable de ingresos para el Estado y las colectividades locales (66). Y es indudable que la facultad de obtener los frutos y productos de un bien de dominio público puede reconocerse a persona distinta del titular del dominio, creando, al desmembrar esta facultad dominical, un derecho real administrativo a su favor. Con carácter general, el art. 96 de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, al enumerar las cláusulas generales de la concesión, señala (art. 5.º) «la fijación del maximum de las tarifas que se designen para el uso y aprovechamiento de la obra». Por consiguiente, en estos casos el concesionario, durante el plazo de la concesión, tiene un derecho a obtener los rendimientos que se obtengan de la explotación. Y en análogo sentido, disposiciones análogas se contienen en la regulación de servicios especiales.

Ahora bien, no hay que olvidar que, al menos en muchos casos, los productos se obtienen de la explotación del servicio público y no de la obra en sí. Por ello, la figura del derecho real sobre el dominio público aparece como inherente a la concesión del servicio; los productos se obtienen de la explotación del servicio; sobre el dominio público se tiene únicamente un derecho de uso (v. gr., tranvías, trolebuses).

Problema interesante es el de determinar si el derecho otorgado

tranvías y trolebuses, que implican «un uso privativo o excepcional del dominio público a través de la ocupación permanente y exclusiva de ciertas instalaciones fijas (raíles, cables)», que GARCIA DE ENTERRIA no duda en calificar de «manifestación de un derecho real administrativo». Cfr. *La ordenación jurídica de los transportes madrileños*, Madrid, 1954, pág. 27.

(65) *La jurisprudencia administrativa*, cit., III, pág. 280.

(66) *El dominio público*, cit., pág. 53.

por las concesiones mineras puede ser considerado como un derecho de disfrute, lo que está íntimamente ligado a si los minerales pueden ser considerados frutos de las minas. Ciento que en alguna ocasión el Tribunal Supremo (v. gr., Sentencia de la Sala Primera, de 30 de junio de 1950) ha afirmado que «el producto de las minas... no puede considerarse fruto de las mismas». Sin embargo, no parece que exista inconveniente en considerar a los minerales como frutos y al derecho real del concesionario como un derecho real administrativo de disfrute (67).

También entre los derechos reales de disfrute quizá pueda ser incluido el derecho creado por las concesiones de pesca para el establecimiento en aguas públicas de cotos fluviales, que reconoce a su titular el derecho a pescar «con caña o con reteles y lamparillas, en la forma y época conceptuadas en este texto legal y las especiales que se establezcan en el pliego de posiciones» (art. 42 de la Ley de Pesca Fluvial, de 20 de febrero de 1942), pues la pesca puede ser considerada fruto natural de aquellas dependencias del dominio público que son las aguas continentales públicas (art. 1.^º, Ley de Pesca Fluvial).

Por último, aun cuando la solución es discutible, quizá pueda ser considerado derecho real de disfrute el que ostentan los vecinos de un Municipio sobre los bienes comunales, regulado en el art. 61 del Reglamento de Bienes de las Entidades locales. El que, en modo alguno, es imposible considerar derecho real de disfrute, es el derecho de corta que se otorga a un tercero sobre un monte público, aun cuando se tratase de bienes de dominio público—lo que respecto de los montes provinciales catalogados es indudable, según el art. 282, 2, del texto refundido de la Ley de Régimen local de 1955—, pues en tal caso lo que se da es un contrato de venta de los productos, teniendo el comprador que proceder a la extracción de los productos comprados.

c) *Derechos que implican consumo de la cosa.* Por último, respecto de aquellas cosas que sean consumibles, se da el *ius abutendi*, el consumo de las mismas. Podría encontrarse un ejemplo de este tipo en ciertos derechos de aprovechamiento de aguas públicas (abas-

(67) Sobre el problema, DÍEZ-PICAZO, *Naturaleza jurídica de los minerales. ¿Tienen o no la condición de frutos?* «Anuario de Derecho Civil», VII, fasc. 2 (1954), págs. 355-376; MARTÍN BERTORTILLO, *Los frutos de las minas*, «Anuario de Derecho Civil», V, fasc. 3 (1952), págs. 1.019-1.046.

tecimiento de poblaciones, de ferrocarriles, riegos) (68), en cuanto los mismos implican un consumo del agua dentro de los límites de la concesión, al hacer imposibles otros aprovechamientos aguas abajo. Y éste fué uno de los criterios utilizados por la Ley de Aguas de 1866 para distinguir el uso del aprovechamiento, y decir, en su Exposición de Motivos, que son aprovechamientos «los que, *consumiendo el agua* o impidiendo que otros la aprovechen en el mismo punto y de la misma manera, exigen concesiones especiales» (69). Pues si bien es cierto que el agua *corriente* es pasajera y distinta en cada momento, el caudal, masa o volumen que integra un río o curso de agua es perenne (70), y el derecho de aprovechamiento implica un reconocimiento—en ciertos casos—a consumir parte de ese caudal. Por eso, aun cuando nuestra Ley de Aguas hable, en ocasiones, de disfrute (v. gr., art. 149), en realidad no puede hablarse de un derecho análogo a los catalogados en aquel grupo. Pues el caudal de agua concedido no es un fruto o producto de la corriente, sino una parte integrante de la misma, que se consume.

2. *Derechos de adquisición.* Constituyen, sin duda alguna, la categoría más discutida de los derechos reales en general (71). Sus figuras típicas las constituyen el tanteo y el retracto, que confieren a su titular la facultad de adquirir la propiedad de una cosa ajena. Es indudable que, en las relaciones jurídicas en que es parte la Administración pública, encontramos en ocasiones auténticos derechos de tanteo y retracto. Tales son los conferidos al Estado sobre monumentos histórico-artísticos, antigüedades y objetos de arte (72),

(68) Pues existen otros aprovechamientos de aguas públicas—enumerados como tales en la Ley de Aguas—que en ningún caso podrán ser considerados derechos que impliquen consumo de aguas públicas. Por ejemplo, los aprovechamientos para canales de navegación (art. 160, núm. 4.º), pues «el Estado no concede al usuario más que la disponibilidad de la corriente al objetivo concreto del transporte y no puede negar a los ciudadanos el derecho de utilizar tales aguas para tener en ellas una embarcación y disfrutarlas para el objetivo de la navegación». GAY DE MONTELLA, *Tratado de la legitimación de aguas públicas y privadas*, 2.ª ed., Barcelona, 1949, pág. 346.

(69) ROYO-VILLANOVA (A. y S.), *Elementos de Derecho administrativo*, 24.ª ed., Valladolid, 1955, II, págs. 599-560.

(70) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, 5.ª ed., Madrid, 1941, II, pág. 87.

(71) Cfr. ROCA, *Derecho hipotecario*, cit., III, págs. 5-24.

(72) ROYO-VILLANOVA, *Elementos*, cit., II, págs. 534-537. La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en su art. 81, insiste en el derecho de tanteo, que reconoce la legislación especial sobre patri-

y el reconocido a favor del Patrimonio Forestal del Estado en los casos de venta de fincas forestales (73). Pero en estos, como en otros casos de derecho de adquisición (74), muy difícilmente puede considerarse que estamos en presencia del régimen exorbitante del Derecho común propio del derecho administrativo: en realidad estamos en presencia de derechos reales comunes.

Cuando del dominio público se trata, es imposible, en principio, la admisión del derecho real de adquisición a favor de tercero; lo impide una de las características esenciales del dominio público: la inalienabilidad. Si el dominio público no puede enajenarse, ¿cómo van a existir unos derechos que parten del supuesto de una enajenación e implican la adquisición de la cosa? Pero si es inadmisible la categoría jurídica de los derechos reales de adquisición en su pureza, cabe encontrar figuras afines dentro del derecho administrativo. No se trata de derechos a adquirir la propiedad de un bien de dominio público, pero sí a adquirir un derecho real que permita su utilización, o un bien desafectado. Ejemplo de los primeros sería el derecho a obtener una concesión administrativa; de los segundos, el derecho de reversión sobre bienes expropiados.

a) El derecho de tanteo a obtener una concesión administrativa se reconoce, por ejemplo, en las disposiciones transitorias 2, 4 y 6 del Reglamento de la Ley sobre Transporte Mecánico por Carretera, de 9 de diciembre de 1949, a favor de los concesionarios de antiguas líneas en exclusiva (Sent. 24 enero 1956) (75). Y en Sent. de

monio artístico, a fin de regular el abono del precio, así como el de retracto. El artículo citado dice:

«1. En los casos de expropiación, venta pública, subasta o liquidación de los bienes a que se refiere el presente capítulo, el Estado podrá ejercer, para sí o para otra persona pública, el derecho de tanteo, obligándose al pago del precio en un período no superior a dos ejercicios económicos, salvo que el particular interesado acepte otras formas de pago.

«2. Igualmente, el Estado podrá ejercer, para sí o para otra persona pública, el derecho de retracto en un plazo de seis meses, a partir de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la transmisión, en las condiciones de pago señaladas en el párrafo anterior».

(73) Art. 17, Ley 10 marzo 1941; arts. 63-66, Reglamento de 30 de mayo de 1941.

(74) Sobre el problema general de los retractos administrativos, vid. CHACÓN, *Retractos administrativos*, cit., donde llega a conclusiones teóricas muy discutibles.

(75) Sin embargo, es discutible la admisión del ejemplo, pues muy difícilmente puede ser considerado de naturaleza real el derecho a explotar el servicio público de transporte mecánico por carretera, ptes el uso de la carretera por el concesionario no puede considerarse un uso privativo o

20 diciembre 1950, se contempla otro supuesto del derecho de tanteo al decir: «los concesionarios de quiosco tendrán el derecho de tanteo y, en consecuencia, si no hubiere sido el concursante que mayor cánón hubiera ofrecido, podrá quedarse con la concesión comprometiéndose a satisfacer el mismo cánón que el concursante a quien se le haya hecho la adjudicación provisional».

b) El derecho de reversión se reconoce a favor del expropiado, entre otros casos, cuando «desapareciese la afectación» (art. 54, Ley Expropiación Forzosa). Esto es, no se reconoce la facultad de adquirir un bien de dominio público, pero sí la propiedad de una cosa, adquirida por razones de interés público, una vez que ha desaparecido la afectación, por lo cual se trata de un derecho típicamente administrativo sometido al régimen jurídico especial propio de esta rama del Derecho.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO REAL ADMINISTRATIVO

A. Sujetos.

1. *Sujeto activo.* En los derechos reales administrativos existe un sujeto activo específicamente determinado: es la persona, física o jurídica—pública o privada—, a la que se confía la situación de poder concreto en que el mismo consiste. En principio, se aplican las normas jurídicas comunes sobre la aptitud para ser titular de derechos reales (76). Sin embargo, en atención a la naturaleza de los bienes objeto de los mismos, la legislación administrativa establece algunas limitaciones al excluir, en ocasiones, a los extranjeros de la posibilidad de ser titulares de aquéllos. Por ejemplo, nuestra legislación minera exige nacionalidad española, si el titular es persona física, o que el 75 por 100, como mínimo, de su capital, sea propiedad de españoles si es una Sociedad, a no ser que el Consejo de Ministros, en casos excepcionales, cuando lo aconseje el interés

excepcional (como puede ser considerado el uso del concesionario de un servicio de tranvías o trolebuses), ya que no se diferencia grandemente del uso que, de la misma vía, puede hacer cualquier otro particular.

(76) DR CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, págs. 646-647.

nacional, autorice proporción menor, que en ningún caso será inferior al 51 por 100, pudiendo exigirse que pertenezcan en su totalidad a españoles cuando se trate de minerales de especial interés para la defensa nacional (art. 28, en relación con el art. 9.^o de la Ley de Minas). Y en otro tipo de concesiones, la Ley de 5 de octubre de 1940, sobre transporte de trolebuses, señala que podrán ser concesionarios los particulares y sociedades nacionales y las sociedades extranjeras autorizadas en España, pero en este último caso, a precario, pudiendo anularlas el Estado en cualquier momento, sin indemnización industrial (77).

2. *Sujeto pasivo.* A diferencia del sujeto activo, en los derechos reales administrativos, como en los demás derechos reales, no existe un sujeto pasivo determinado. Es sujeto pasivo cualquiera. El derecho real despliega su eficacia *erga omnes*. Y en este punto concreto surge una de las especialidades más importantes del derecho real administrativo respecto de los derechos reales privados. Porque el derecho real administrativo—se ha dicho insistentemente—no puede ejercitarse frente a todos. Esta eficacia típica de los derechos reales quiebra cuando estamos en presencia de los derechos reales administrativos. Los derechos reales administrativos pueden ser ejercitados frente a todos menos frente a la Administración. Y así, al quebrar una de las características consideradas esenciales del derecho real, se llegó a negar la posibilidad de derechos reales administrativos.

Es cierto que durante bastante tiempo la jurisprudencia francesa, si bien reconoció que el derecho del concesionario sobre los bienes de dominio público podía oponerse frente a todos, lo negaba frente a la entidad concedente. Frente a ésta, el concesionario era un poseedor en precario, en el sentido que tenía la expresión en el Derecho romano. Era un derecho revocable o resoluble, previa la correspondiente indemnización. Pero el *arrêt* de 25 de mayo de 1906 va a suponer un importante cambio en la doctrina jurisprudencial.

(77) VILLAR .PALASI, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, cit., págs. 94-95, y *Concesiones administrativas*, NEJ, IV, pág. 743.

El hecho de que, en ciertas disposiciones, se señale el carácter precario de la concesión, es un argumento a favor de la tesis expuesta *ut supra* acerca de que, en los demás casos (en que así no se prevé), no puede hablarse de precariedad como nota característica del derecho real administrativo.

Con arreglo al mismo, el derecho del concesionario va a poderse ejercitar frente a todos, incluso frente a la Administración, salvo en la línea de precariedad; pero en esta línea de precariedad, muy restringida, deja el Derecho una esfera enorme de utilidad (78).

¿Qué es lo que supone, en realidad, esta «línea de precariedad»? Sencillamente lo siguiente: que la Administración concedente puede, cuando lo exija el interés público a que está afectado el dominio, declarar extinguido el derecho sobre el mismo constituido, aun antes del plazo señalado. Tal facultad se encuentra reconocida expresamente en el Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales, cuando, en el art. 63, al enumerar las cláusulas que deben contener las concesiones sobre bienes del dominio público, en su apartado 10, señala: «facultad de la Corporación de dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificaren circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causaren, o sin él cuando no procediere».

Ahora bien, mientras la Administración pública no declare extinguido el derecho en aquellos casos en que sea posible—y con la exigencia de la indemnización—, su titular puede ejercitarse frente a todos, incluso frente a la Administración pública. Por ello se ha llegado hasta a negar que la precariedad sea consustancial al derecho real administrativo. Pues lo que tiene de particular el derecho real administrativo es que está sometido a un régimen jurídico especial, exorbitante del Derecho común, dominado por los principios de la ejecutoriedad y de la acción de oficio, en el que la Administración puede, como intérprete del interés público, declarar por sí extinguido el derecho y llevar a cabo la ejecución forzosa de esta declaración en los casos de resistencia de los titulares del derecho extinguido (79). Ahora bien, en tanto no exista el acto ejecutivo, toda perturbación de la Administración pública en el ejercicio del derecho real administrativo implicaría una vía de hecho que permitiría al particular perturbado el ejercicio de las correspondientes acciones posesorias frente a la Administración pública (80).

(78) Cfr. *ut supra*, I, 3, b).

(79) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1954, págs. 706-724, y bilb. que allí se cita.

(80) Pues para que no sea posible el ejercicio de interdictos frente a la Administración pública, se requiere la existencia de la decisión ejecutiva, investida de presunción de legitimidad; en otro caso, caben inter-

B. Objeto.

Es objeto de cualquier derecho subjetivo—en definición de DE CASTRO—la realidad social acotada como base de la situación de poder concreto que se confía al sujeto (81). Cuando se trata de derechos reales administrativos, esta realidad sobre la que recae el haz de facultades reconocidas al concedionario no es otra que una cosa de dominio público. Si se considera el dominio público como una propiedad administrativa, el objeto de los derechos reales administrativos será siempre la misma cosa que es objeto del dominio público. A él se refiere buena parte de nuestra legislación administrativa (82).

Ahora bien, para que pueda constituirse un derecho real sobre un bien de dominio público es necesario que concurran ciertos requisitos. Principalmente, en orden a la naturaleza de los bienes. Existe, por lo pronto, un grupo de bienes de dominio público que, por su carácter, son incompatibles con la utilización de los mismos por los particulares (por ejemplo, las fortificaciones) (83). Por otro lado, respecto de aquellos otros bienes cuyo destino consiste en la utilización por los particulares, para que pueda constituirse sobre los mismos un derecho real administrativo es necesario que la Administración no haya acordado la retención de los mismos para sí con fines de estudio, investigación o explotación (84).

dictos, como he destacado al comentar varios Decretos resolutorios de conflictos jurisdiccionales desde las páginas de la «Revista de Administración Pública» y señala GARCÍA DE ENTERRÍA en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, págs. 100 y ss.

(81) *Derecho civil*, cit., I, pág. 651.

(82) Por ejemplo, en la Ley de Obras Públicas se habla de «concesiones... para la ejecución de obras que hayan de ocupar o aprovechar constantemente *una parte de dominio público...*» (art. 94), de «... los derechos establecidos sobre el dominio público que se intente ocupar» (artículo 95, párrafo 2º), de que «la obra de que se trata no menoscabe ni estorbe el disfrute del dominio público a que afecta» (art. 96). En la Ley de Ferrocarriles de 1877, art. 31, se dice que «se concede, desde luego, a las Empresas de Ferrocarriles de interés general... los terrenos de dominio público que hayan de ocupar el camino y sus dependencias». La Ley de Puertos de 1928, arts. 41, 45 y 57, emplea términos análogos, etc.

(83) Cfr. BALLBÉ, *Concepto del dominio público*, Barcelona, 1945, páginas 47 y ss.

(84) BALLBÉ, *Las reservas dominicales*, «Revista de Administración Pública», núm. 4, págs. 76 y ss.

C. *Contenido.*

Contenido de un derecho real administrativo será el conjunto de facultades que se reconoce a su titular sobre un bien de dominio público. Es muy difícil precisar, en una teoría general de los derechos reales administrativos, su contenido, pues—como ya señalaba RIGAUD—el contenido de estos derechos es mucho más variado que el de los derechos civiles ordinarios, porque al recaer sobre dependencias de dominio público, están sometidos a la reglamentación y a la acción de policía.

Sin embargo, es posible dar algunas normas generales. Por lo pronto, una: que cuando la legislación administrativa regula las cláusulas de la concesión, suele incluir una o varias relativas a la necesidad de especificar el objeto y límite de la concesión y las facultades del concesionario, por lo que habrá que estar, en cada caso, a los términos de la concesión. Además, conviene señalar, con HAURIOU, que habrá que estar a la categoría de derechos de que se trate, no siendo difícil encontrar ejemplos de derechos referentes al uso, al disfrute, etc., respecto de lo cual me remito a la clasificación hecha en páginas anteriores.

IV. NACIMIENTO, COMERCIO JURÍDICO Y EXTINCIÓN

Estudiados los elementos del derecho real administrativo, o si se quiere, el derecho real en su aspecto estático, vamos ahora a estudiar el derecho real administrativo en su aspecto dinámico, la vida del derecho real administrativo; esto es, su nacimiento, su vida jurídica y su extinción.

A. *Nacimiento.*

¿Cómo nace el derecho real administrativo? Una afirmación elemental se impone: como el derecho real administrativo recae sobre

una cosa de dominio público, sustraída al comercio jurídico privado, su nacimiento es incompatible con cualquiera de los modos que tradicionalmente se han reconocido en el Derecho privado. El derecho real administrativo no puede nacer, su creación no puede tener lugar por los modos típicos del Derecho privado. Nace por un acto típicamente administrativo: la concesión. Pero al lado de este modo normal, cabe reconocer otros especiales, como la propia Ley y la prescripción.

1. *La Ley.* Cabe, en primer lugar, que la Ley—o una disposición general—cree directamente el derecho real administrativo. Es la disposición general la que crea el derecho administrativo sin necesidad de acto alguno posterior o del transcurso del tiempo por prescripción. De admitirse la categoría de los derechos reales de adquisición, éste es el modo normal de nacimiento. La Ley o una disposición general crean estos derechos cuando se den los supuestos de hecho contemplados en la norma, sin necesidad de una declaración de voluntad ulterior, si bien tales derechos caducarán una vez transcurra el plazo señalado por la Ley.

2. *La concesión.* No es el momento de hacer un estudio completo de la concesión administrativa. Pero sí de estudiar la concesión como modo de crear un derecho real administrativo. En este sentido, alguna Sentencia de nuestro Tribunal Supremo ha acertado a definir su carácter. Por ejemplo, en Sentencia de 20 de diciembre de 1954, se dice: «Si la concesión en general es un acto de Derecho público realizado por el Estado en concepto de poder, y la concesión administrativa de aprovechamiento de aguas públicas en particular constituye una transferencia del poder jurídico que originalmente corresponde a la Administración sobre las aguas de uso público, y que otorga en virtud de un acto de soberanía, es incuestionable que pertenece a las facultades discrecionales de aquélla». Y otras muchas han insistido acerca de su carácter discrecional. Ahora bien, ¿a quién corresponde otorgar la concesión? Si se aplicaran sin excepción las normas jurídicas comunes sobre el problema, una sola respuesta sería admisible: la competencia correspondería en todo caso a la entidad titular del dominio público sobre el que recaería el derecho real. Pero en Derecho administrativo es imposible, sin más, ofrecer tan simplista solución. Se impone una distinc-

ción elemental: que el derecho real se otorgue o no en función de un servicio público.

a) Cuando no se otorga en función de un servicio público, la solución general puede admitirse sin salvedad alguna. Cuando la finalidad del derecho real se limita a conferir a su titular la facultad de utilizar el dominio público sin estar subordinado a otra finalidad pública, ninguna razón impide que sea la propia entidad titular del dominio la que, a través del órgano competente en cada caso, otorgue la concesión.

b) Pero ¿es admisible la misma solución en aquellos casos en que la relación jurídica real se crea en función de un servicio público? El problema ha preocupado en España al tratar de los transportes. Y por lo general existen ideas poco claras. Las distintas posiciones sobre el problema pueden reducirse a dos:

Primera.—Una, que coloca en primer plano la relación jurídica real y llega a delimitar la competencia para otorgar la concesión del servicio de transporte a la misma entidad titular del dominio. Es la solución que sigue nuestra legislación general, por ejemplo, al regular los tranvías (art. 69, Ley de 23 noviembre 1847) y trolebuses (Ley de 5 de octubre de 1940). Ahora bien, como aplicando este criterio puede darse el caso de que los transportes discurran sobre el dominio público de entidades distintas, se impone la necesidad de determinar a cuál de estas entidades corresponde la competencia para otorgar la concesión del servicio, problema resuelto en las disposiciones citadas mediante una sustitución jerárquica en favor de los organismos superiores.

Segunda.—Una segunda posición es la que distingue cuidadosamente ambas cuestiones: el servicio público y los derechos reales sobre el dominio público necesarios para su explotación. Esto último es lo que ha defendido entre nosotros, con acierto, G. DE ENTERRÍA; porque «la relación con la vía pública es para la calificación jurídica de la organización del transporte absolutamente indiferente; refiere un mero presupuesto técnico para que el transporte pueda realizarse, pero no es una perspectiva válida para comprender jurídicamente la totalidad de la regulación del transporte» (85).

Pues bien, cuando se parte de esta diferencia, la cuestión es la

(85) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La ordenación jurídica de los transportes*, cit., pág. 27.

siguiente: si la concesión de un servicio público crea, sin más, el derecho real administrativo necesario para su explotación, o si, por el contrario, cuando la competencia para conceder el servicio corresponde a entidad distinta del titular del dominio, ¿debe ser ésta la que cree los derechos reales administrativos? Sobre el problema existe una reciente disposición, que parece partir de la distinción entre ambas competencias: el Reglamento del servicio público de suministro de gas, aprobado por Decreto de 27 de enero de 1956, en cuyo art. 6.^º exige: «la concesión otorgada por el Ministerio de Industria, conforme a lo establecido en el apartado h) del art. 4.^º de la Ley sobre Ordenación y Defensa de la Industria, de 24 de noviembre de 1939..., sin perjuicio e independientemente de las autorizaciones de competencia municipal para la relación de las obras precisas en calles y subsuelo de la ciudad afectadas por el servicio». Es decir, este precepto distingue:

— Por un lado, la competencia para la concesión del servicio público de suministro de gas. Corresponde al Estado; concretamente, al Ministerio de Industria.

— Por otro, la competencia para conceder derechos o utilizar el suelo o subsuelo. Aun cuando la terminología del precepto reglamentario no es muy correcta, del mismo se desprende que la misma corresponde a la Entidad municipal titular del dominio público (86).

3. *Prescripción.* Pero al lado de la concesión existen otros modos de adquirir un derecho real administrativo. Merece destacarse la prescripción. Todos conocemos el precepto de la Ley de Aguas, que reconoce la prescripción de veinte años entre los modos de adquirir un derecho de aprovechamiento sobre las aguas públicas (87).

(86) Se ajustará a lo dispuesto en los arts. 58 y ss. del Reglamento de Bienes de las Entidades locales, aprobado por Decreto de 27 mayo 1955.

(87) Según el art. 149 de la Ley de Aguas, «el que durante veinte años hubiese disfrutado de un aprovechamiento de aguas públicas, sin oposición de la Autoridad o de tercero, continuará disfrutándolo aun cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorización».

En estos casos, el título para inscribir en el Registro especial de aprovechamientos de aguas públicas, primero, y en el Registro de la Propiedad, después, ha sido tradicionalmente la información posesoria. En este sentido existe una copiosa jurisprudencia, que ha establecido «que la Real orden de 12 de marzo de 1902, completada por la de 2 de enero de 1906, dispuso que para la inscripción definitiva de tales aprovechamientos serviría no sólo la concesión administrativa, sino cualquier título de derecho civil, prescribiendo expresamente que deberían inscribirse con arreglo al art. 409 del Código civil los aprovechamientos que se justifican venían uti-

Pero es que la prescripción no sólo juega como modo de adquirir un derecho de aprovechamiento sobre las aguas públicas. Existen algunos ejemplos más en que la prescripción es modo de adquirir un derecho a utilizar bienes de dominio público. Concretamente, en la Ley de Puertos existe un artículo poco conocido, que contempla uno de estos casos, el art. 57, que dice: «el que durante veinte años hubiera disfrutado de un aprovechamiento del dominio público para industria marítima sin oposición de la Autoridad ni de tercero, continuará disfrutándolo, aun cuando no puede acreditar que obtuvo la correspondiente autorización, entendiéndose este derecho mientras la clase de industria o aplicación del espacio ocupado no haya sufrido variaciones ni alteraciones en los veinte años referidos».

B. *Comercio jurídico.*

Una vez que ha nacido el derecho real administrativo, surge un nuevo bien susceptible de tráfico jurídico privado. El hecho de que el dominio público esté sustraído al tráfico jurídico ordinario no impide que los derechos reales reconocidos sobre el mismo puedan ser objeto de los negocios jurídicos típicos del Derecho civil. Esto explica que, si bien el art. 5.^o del Reglamento Hipotecario exceptúa de la inscripción en el Registro de la Propiedad a los bienes de do-

lizándose veinte o más años. (S. 30 septiembre 1931). «Que si para la inscripción de estos aprovechamientos de aguas públicas basta, a falta de concesión administrativa o de otros documentos fehacientes, presentar información posesoria, y si estas informaciones han de versar únicamente sobre el hecho de la posesión y tiempo de la misma, no inferior a veinte años, y no serán válidos en cuanto a la cantidad de agua utilizada, según todo ello previene en sus arts. 1.^o, 2.^o y 4.^o la R. O. de 12 de marzo de 1902, no cabe duda que cuanto el título que ofrezca el peticionario para la inscripción consista, como en el caso de autos, en una información posesoria en la que no puede constar, ni aquí consta, ni produciría eficacia a estos fines, la dotación del agua, sólo a la Administración incumbe fijarlo, previa determinación y propuesta del Ingeniero» (S. de 5 de julio de 1946 y de 30 de junio de 1944).

Sobre el problema, vid. VILLAMIL DE CÓRDOBA, *Inscripción de aprovechamientos de aguas*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1927, páginas 808 y ss. Hoy, además de la... acta notarial de posesión de aprovechamientos de las aguas públicas, pueden servir en este caso como títulos inmatriculadores el expediente de dominio y la Sentencia emanada de la jurisdicción ordinaria», ROCA, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948, II, página 135.

Al Registro de aprovechamientos especiales de aguas públicas me refiero con la debida extensión en un trabajo en preparación.

Cf. LANCIS, *La zona marítimo-terrestre. Su naturaleza y alcance*. La Habana, 1956, p. 20.

minio público, el art. 31 prevea la inscripción de «las concesiones administrativas, en cuanto se refieran a bienes inmuebles o derechos reales», y que el Código civil, al enumerar los bienes inmuebles en su art. 334, incluya en su número 10: «las concesiones administrativas de obras públicas» (88).

Porque el Registro de la Propiedad, como servicio público cuya finalidad es la seguridad del tráfico jurídico, no tiene por qué acoger en sus libros unos bienes—los de dominio público—excluidos del mismo. Pero sí a unos derechos—los derechos reales administrativos—que, una vez nacidos, viven en el tráfico jurídico. El hecho de que la cosa sobre que recaigan esté fuera de la realidad registral y sean inmatriculables los derechos reales sobre los mismos, lo explican los hipotecaristas diciendo—con expresión poco afortunada—que la concesión es la finca registral. Pero el hecho es incuestionable.

Ahora bien, en seguida surge una cuestión: ¿es aplicable íntegramente el régimen jurídico privado al comercio de estos derechos? Porque es indudable que los mismos pueden ser objeto de contrato de arrendamiento, cesión, usufructo, etc. Pero ¿no existen limitaciones administrativas? En efecto. La naturaleza especial de estos derechos reales postula un régimen especial. La legislación

(88) A. GENDÍN se pronuncia en contra de la inscripción. «Realmente —dice—, la inscripción concesionaria no creo fuera necesaria ni que pudiera perjudicar a tercero, dado que figura ello anotado en las oficinas públicas del Departamento ministerial concedente y cualquier acto o negocio jurídico de transmisión o de constitución de derechos reales deben ser intervenidos o autorizados por el órgano concedente, y esto no sólo en el dominio público común (canales, ferrocarriles, etc.), sino del especial, como las minas (art. 13, Ley de Minas, de 19 de febrero de 1944), dado el carácter dominical público; por lo que es fácilmente cognoscible la transmisión o la constitución de un derecho real civil sobre la concesión, la que, a su vez, constituye un derecho real administrativo sobre el dominio público». Cfr. *El dominio público*, cit., pág. 67. Sin embargo, la conveniencia de la inscripción es indiscutible, porque:

a) No siempre se da la necesidad de que la autoridad concedente tenga que intervenir (previamente o con posterioridad) los actos jurídico-privados que recaigan sobre el derecho real administrativo.

b) Aun en el supuesto de que así fuera y se llevasen Registros en las oficinas administrativas sobre el comercio jurídico de los derechos reales administrativos, estos Registros, dado su carácter administrativo, por su organización y sistema, no tienen como finalidad la seguridad del tráfico jurídico, de aquí que la publicidad de los mismos no satisfaga las exigencias del tráfico.

c) Al ser el Registro de la Propiedad el instrumento idóneo de la publicidad, sólo en él podrá encontrar el titular de un derecho real administrativo la auténtica seguridad jurídica que la institución registral confiere.

administrativa exige que se cumplan ciertos requisitos al realizar actos jurídicos privados referentes a aquéllos. Unas veces meramente se exige dar cuenta de los actos realizados, como así lo prevé el artículo 103 de la Ley de Obras Públicas (art. 139 de su Reglamento) al establecer que «de la enajenación o transferencia se dará cuenta al Ministerio de Fomento o a la Corporación que hubiere otorgado la concesión». Otras veces se exige algo más, y la legislación prevé la necesidad de la autorización previa (así, art. 21 de la Ley de Ferrocarriles y art. 10 de la Ley de Trolebuses de 1940). Y por último, a veces se llega a la prohibición expresa de toda la transmisión (89).

C. Extinción.

1. Modos relativos al sujeto

a) *Respecto del titular del derecho real administrativo.* Cabe señalar, entre los modos de extinción de los derechos reales administrativos referentes a su titular, la renuncia y el no ejercicio del derecho, si bien no sean admisibles respecto de todos ellos. Cabe distinguir dos tipos fundamentales, a los que ya nos referimos al hablar de la constitución de los mismos: aquellos derechos sobre bienes de dominio público otorgados en función de un servicio público y aquellos otros que no se otorgan con dicha finalidad. Si respecto de estos últimos ninguna razón impide la renuncia, respecto de aquéllos es difícil admitir sin salvedad la posibilidad de renuncia (parece no admitir la renuncia de los derechos nacidos en virtud de concesión una Sentencia de 24 de enero de 1956) (90).

(89) En Sentencia de 24 de enero de 1956 se dice que «constituyen normas de obligada observancia, además del art. 12 de la Ley de 27 de diciembre de 1947, que no incluye la transferencia de concesiones de servicios otorgados a precario, la Orden circular de 9 de mayo de 1945, dictada expresamente para declarar intransmisibles esta clase de servicios, como reiteró la de 11 de marzo de 1950, disponiendo que en todos aquellos servicios que actualmente se encuentran en precario con arreglo a la disposición transitoria 2.^a del Reglamento, no se autorizarán transferencias en tanto no se haya otorgado la concesión definitiva del servicio con sujeción a los términos del mismo».

Sobre el problema del comercio jurídico de los derechos reales administrativos y sus limitaciones, vid. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, cit., págs. 311 y ss.

(90) VILLAR PAJAS, en *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, «Revista de Administración Pública», núm. 1, pág. 115, dice: «El

b) *Respecto de la Administración.* La Administración que otorgó la concesión administrativa, o en su caso, la titular del dominio público sobre que recae el derecho real administrativo, puede unilateralmente extinguir el derecho en los casos siguientes:

a') *Por incumplimiento del concesionario.* En principio, corresponde a la Administración vigilar el exacto cumplimiento de las cláusulas estipuladas, pudiendo en caso de incumplimiento declarar la caducidad de la concesión (arts. 96, núm. 4, 104 y 105, Ley de Obras Públicas ; art. 36, Ley de Ferrocarriles ; art. 16, Ley de Trolebuses ; art. 158, Ley de Aguas). A primera vista parece que la extinción del derecho real por incumplimiento de su titular se debe a su voluntad y no a la de la Administración ; pero, dice VILLAR PALASI, «es preciso escindir dos fases—material y formal—de la caducidad, de la que se deriva la justicia de la inclusión de esta causa de extinción en las derivadas de la voluntad de la Administración. En efecto, es diferente el que la concesión esté incursa en caducidad (caducidad material) de que esté declarada en caducidad (caducidad formal). Corresponde a la facultad discrecional de la Administración el paso de la caducidad material a la formal ; y por ende, la caducidad formal proviene directamente de una declaración de voluntad de la Administración» (91).

b') *Por exigirlo el interés público.* Resulta obvio que cuando una causa de utilidad pública exija la extinción del derecho real administrativo, ninguna razón impide la posibilidad de expropia-

artículo 4.^º del Código civil condiciona la renunciabilidad a que ésta no vaya contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero. Dado el interés público—evidente en cuestiones mineras—, podría parecer irrenunciable la concesión *a fortiori*, cuando la Administración se reserva el derecho de ampliar el objeto de aquélla *ex officio*. Ahora bien, la propia Ley admite (art. 66) la posibilidad del abandono, y por otra parte, la posibilidad de dejar caducar la concesión por incumplimiento (art. 59), y la falta de una requisición de prestaciones hacen evidente la existencia de esta forma de extinción de la concesión. También existe un abandono tácito por *facta concurrentia*. El art. 31 del Decreto de 4 de julio de 1825 establecía que las oficinas de beneficio se entenderían abandonadas cuando se hayan arruinado sus techos de modo que no puedan servir para los usos y operaciones a que estaban destinadas».

(91) *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, cit., pág. 115, y *Concesiones administrativas*, cit., págs. 746 y ss y 573 y ss. Como dice G. DE ENTERRÍA, es equívoca la afirmación de que corresponda a la facultad discrecional la no declaración de la caducidad. Cfr. *El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas*, en «Revista de Administración Pública», núm. 17, pág. 272.

ción forzosa, posibilidad reconocida expresamente, aparte de la legislación general expropiatoria, en algunas disposiciones especiales (por ejemplo, art. 161 de la Ley de Aguas) (92).

La Administración pública puede, cuando lo exija el interés público al que está afectado el dominio, declarar extinguido el derecho real administrativo, aun antes de transcurrir el plazo durante el cual se otorgó. Cuando el derecho real es inherente a un servicio público, estamos en presencia del rescate de la concesión (art. 25 del Reglamento de Trolebuses, aprobado por Orden de 4 de diciembre de 1944; base primera, Ley de Ordenación Ferroviaria, de 24 de enero de 1941, etc.). Cuando se trata de un derecho real a usar un bien del dominio público, su extinción es una consecuencia del carácter de precariedad típico del dominio: en unos casos, la Administración se reserva expresamente esta facultad y puede extinguir el dominio sin indemnizar a su titular (por ejemplo, art. 72 del Reglamento de Pesca Fluvial, de 6 de abril de 1943) (93); en otros, la extinción no puede declararse sin indemnizar a su titular. A este supuesto se ha referido alguna Sentencia del Tribunal Supremo, como la de 27 de febrero de 1956 (de que fué ponente ALVAREZ GENDÍN), en la que se afirma que «la autorización a que se refiere el art. 44, puesto en relación con el 50 de la Ley de Puertos de 1880, tiene carácter de concesión administrativa de dominio público, sin plazo limitado, susceptible por su carácter de precario de caducidad—salvo que fuese concedida la zona análoga en que esté

(92) Que los derechos reales administrativos son susceptibles de expropiación es algo que no ofrece duda. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, pág. 56.

Es más, la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, artículo 41, da normas sobre fijación del justo precio cuando el objeto de la expropiación sean «concesiones».

(93) En dicho artículo se dice: «La Administración se reserva en todo caso la facultad de rescindir y declarar caducadas las concesiones en cualquier momento, cuando el interés público lo aconseje, sin que el concesionario tenga derecho por ello a indemnización alguna». Luego, en aquellos casos en que no existe esta reserva expresa, la conclusión—como se señala en el texto—es evidente: la Administración tiene que indemnizar. He aquí cómo la famosa línea de precariedad, que durante años se ha considerado característica de los derechos reales administrativos es sumamente restringida, poniendo de manifiesto cómo entre los derechos reales administrativos y los demás derechos reales no existen profundas diferencias desde el momento en que, cuando la Administración, en aquella línea de precariedad, acuerda la extinción del derecho real administrativo por exigencias del interés público, tiene que indemnizar al particular, viniendo a constituir esta extinción anticipada del derecho una expropiación.

situado en plazo determinado, pues según el art. 30 de la Ley de 1880—48 del Decreto-ley citado de 1928—, si fuera preciso utilizar o destruir las obras construidas por particulares, en virtud de concesiones que les hubieran sido otorgadas, tendrán derecho los concessionarios a ser indemnizados del valor material de dichas obras, previa tasación ejecutada conforme a las prescripciones del Reglamento general para la concesión de la Ley».

2. Modos relativos al objeto.

a) *Desaparición de la cosa.* Si el derecho real administrativo, como todo derecho real, recae sobre una cosa—en este caso de dominio público—, es indudable que la desaparición de la cosa implicará la extinción del derecho real sobre la misma constituido. Por ejemplo, si se produce la desaparición de un caudal de aguas públicas, es obvio que quedarán extinguidos los derechos de aprovechamiento existentes sobre el mismo—y la Administración no será responsable de tal falta, según el art. 154, Ley de Aguas—; si se agota una mina, se extinguirá el derecho otorgado por la correspondiente concesión minera (94), etc.

b) *Desafectación.* Ahora bien, si no ofrece duda la extinción del derecho cuando desaparece la cosa objeto del mismo, ¿puede llegarse a la misma conclusión cuando lo que se produce no es la desaparición física de la cosa, sino su condición de pública? Para RIGAUD, así es. La desafectación—afirma—es un hecho equivalente a la desaparición de la cosa. Así como para las propiedades privadas sometidas a servidumbres administrativas en provecho de una dependencia de dominio público, la desafectación de esta dependencia equivale a la desaparición del fondo dominante, en lo que concierne a las «aisances de voirie», que benefician a los mismos propietarios, la desafectación equivale a la desaparición del fondo sirviente. Los derechos se extinguieren. La extinción tiene lugar con o sin indemnización (95). Ahora bien, conviene tener en cuenta que, respecto de ciertas cosas públicas, la desafectación de la cosa no impedirá que el

(94) VILLAR PALASI, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, cit., pág. 114.

(95) *La théorie*, cit., págs. 310-311.

titular del derecho real administrativo pueda seguir ejercitando las facultades típicas de aquel derecho (pensemos, por ejemplo, en las servidumbres a favor de la Compañía Telefónica, constituidas sobre una carretera). El hecho de que se produzca la desafectación no impedirá que siga utilizándose la cosa. Lo único que habrá ocurrido es que, al no existir dominio público, desaparecerá el régimen exorbitante del Derecho común propio del Derecho administrativo, y el derecho real administrativo habrá dejado de ser «administrativo» y se habrá transformado en derecho real privado.

Sin embargo, en ocasiones, la solución no es tan fácil. Tal es el caso de aquellos derechos reales administrativos constituidos sobre una dependencia del dominio público, no ya porque aquel derecho no sea incompatible con la afectación (lo que siempre se exigirá), sino por la esencia misma del dominio (por ejemplo, las llamadas *aisances de voiris* en la doctrina francesa). Si la calle pública es desafectada y convertida en propiedad privada, que es vendida por la Entidad pública titular del dominio, ¿cabe entenderse que los derechos reales administrativos han quedado extinguidos por la desafectación?

3. Modos relativos al título de constitución.

Los derechos reales administrativos se extinguieren al vencimiento del plazo fijado en el título de constitución, esto es, la concesión administrativa, plazo que, a su vez, viene determinado en la legislación correspondiente. Pues si bien es cierto que existen casos de concesiones que se otorgan a perpetuidad (por ejemplo, las concesiones de Marismas, según el art. 51 de la Ley de Puertos de 1928 y las de aprovechamientos de aguas públicas para riegos y para establecimientos industriales, según los arts. 188 y 220 de la Ley de Aguas), es principio tradicional en las concesiones administrativas la fijación de un plazo, transcurrido el cual se extinguiría el derecho creado a favor del particular. Dicho plazo varía según las concesiones de que se trate (96); de noventa y nueve años, según el artículo 101 de la Ley de Obras Públicas; art. 22 de la Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877; arts. 169, 170, 188 y 206

(96) VILLAR PALASI, *Concesiones administrativas*, cit., págs. 756 y ss.

de la Ley de Aguas ; de sesenta años, según el art. 76 de la Ley de 23 de noviembre de 1877, respecto de las concesiones de Tranvías ; de treinta, según el art. 7.^o de la Ley de Trolebuses de 5 de octubre de 1940, etc. (97).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Registrador de la Propiedad
Catedrático de Derecho administrativo.

(97) Como ha dicho G. DE ENTERRÍA, «hay una excepción única al dogma de la reversión concesional, instrumentado de tal forma, y es el caso de las concesiones demaniales puras ; en concreto, aguas (a regantes y pueblos) y minas, en que las concesiones se otorgan a perpetuidad. No hay aquí, contra lo que parece, una excepción flagrante al régimen histórico que venimos exponiendo, sino, por el contrario, como ha puesto de relieve agudamente VILLAR PALASI, una particularidad singular del mismo. Por su base estrictamente real, estas concesiones pudieron concebirse en la antigua dogmática como *census fictus*, salvándose, por ende, en origen, el dogma de la inalienabilidad a través del arbitrio de los cánones censuales, aquí concesionales, que como en el caso de la enfiteusis, y a imagen de la misma, significan justamente el reconocimiento del dominio directo, impidiendo toda suerte de prescripción, no obstante su perpetuidad». Cfr. *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, págs. 78-79, donde reacciona frente al dogma de la reversión de la concesión, afirmando : «En unos casos, la concesión deberá afirmarse indefinida (el término perpetuo es equívoco en Derecho) ; en otros, limitadamente temporal, pero sin una reversión del establecimiento : en otros, finalmente, construir esta reversión en conexión con el concepto y las necesidades de la amortización industrial. Para expresar en una fórmula común estos criterios bastará con decir que la reversión no es ya ni puede ser hoy otra cosa en las concesiones que una cláusula económica, instrumentable según las realidades relativas de este signo, pero en modo alguno como se concibió en el Derecho antiguo y ha continuado hasta nuestros días, una cláusula política que pueda sacrificar por sus altas exigencias absolutas aquellas realidades». Cfr., págs. 89-90.