

DOMINIO PÚBLICO Y POSESIÓN: HACIA EL CAMBIO DE UN PARADIGMA

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE
Protitular de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica Argentina

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONSIDERACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS DESDE LA CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LA POSESIÓN.—III. LA POSESIÓN EN LA VISIÓN TRADICIONAL ACERCA DEL DOMINIO PÚBLICO.—IV. HACIA LA INTEGRACIÓN DE CONCEPTOS: APARIENCIA JURÍDICA, CLASES DE DOMINIO PÚBLICO Y REGISTRACIÓN.—V. POSESIÓN ADMINISTRATIVA Y AFECTACIÓN.

RESUMEN

Posesión y dominio público parecen vivir como institutos paralelos en doctrina y legislación, en el entendimiento de pertenecer cada uno a un distinto sector del ordenamiento. Pero no es así, por lo que se echa de menos que la nueva Ley de Patrimonio, en su afán integrador, no se ocupara de su vinculación en la misma senda adoptada en materia de registración. Supone, pues, éste un breve aporte en la superación de una tendencia que la modernización de nuestro Derecho de cosas, público y privado, viene exigiendo. Con tal propósito, el estudio comienza por las influyentes enseñanzas de IHERING, quien utilizara los bienes públicos como demostración de su teoría objetiva contraria al *animus domini* como elemento trascendental en la teoría posesoria. Desde ahí, el trabajo avanza sobre la construcción muy tradicional acerca del dominio público, en cuanto absolutamente desvinculada de las nociones superiores de buena fe y apariencia jurídica. En el desarrollo, se llega a la conclusión de que el orden jurídico no puede prescindir, por vía de compartimentos estancos, de la cognoscibilidad de las relaciones jurídicas, aun respecto de aquellos bienes afectados al uso o un servicio público. En esto consistiría justamente la modernización antes comentada.

Palabras clave: posesión; dominio público; derechos reales administrativos.

ABSTRACT

Possession and public property appear to exist as parallel concepts in legal theory and legislation, with the understanding that each belongs to a different sector of the legal system. This, however, is not correct, and it is unfortunate that the new Patrimony Act, in its integration efforts, does not take care of the link existing between these concepts, using the same approach followed with regard to registration matters. This study is thus a short contribution towards overcoming this tendency, that the modernization of our property law, public and private, requires. With this purpose, this study begins with the influential teachings of IHERING, who uses public goods as a case in which his objective theory, opposed to *animus domini* as a central element of possession theory, is applicable. From that basis, the study continues with an effort to overcome the traditional public domain theory, which has been absolutely disconnected from superior legal concepts such as good faith and legal appearance. The conclusion is reached that the legal system should not do away with knowledge about legal relationships, by using completely separated categories, even in the case of goods affected to public use or services. This would be the purpose of the abovementioned modernization.

Key words: possession; public property; public rights *in rem*.

I. INTRODUCCIÓN

Caballo de mil batallas, campo por excelencia de experimentación metodológica, la posesión se presenta en el Derecho administrativo apenas relativamente tratada, como si la noción tradicional y paralela de dominio público bastara para contenerla. Pero no es así. La posesión de los bienes demaniales, al igual que la común (permítaseme por ahora la expresión), la que tiene por objeto bienes de titularidad particular, excede ampliamente los límites que hacen a aquella noción, por más que con ella a lo que convenga en remitirse hoy en día es a un determinado estatuto patrimonial gobernado por el patrón capital de la afectación.

En este contexto, el interés por la posesión se especifica, en primer lugar, por la posibilidad de posesión de las cosas de dominio público, en cuanto supuesto de elevada exposición con vistas a la teoría que se mantenga acerca del propio instituto posesorio. La exclusión de estas cosas del tráfico jurídico privado no puede ir hasta la negación de la visión natural de la posesión, de aquella función social que HERNÁNDEZ GIL vendría a asignarle, desligada de la idea iheringniana de que allí donde no hay propiedad la posesión no puede existir correlativamente.

Dicho ello desde la dogmática civil —aunque si algo demuestra el motivo de esta investigación es la necesidad de integración entre las diferentes ramas en que artificialmente se estructura el saber jurídico—, desde el sentir iuspublicista la posesión, sabemos, ha sido el punto de inicial preocupación y, de ahí, referencia en torno a la categoría de los derechos reales administrativos. Pero la explicación de la protección interdictal se asoma más allá del trasunto de las concesiones, de aquellas hipótesis germinales destacadas en la doctrina nacional y extranjera, comprobándose a su partir el fenómeno de la posesión en conjunto. Desde esta imprescindible visión amplificadora, los interdictos posesorios se erigen en vital instrumento al servicio de la propiedad privada frente a extralimitadas injerencias del poder administrador.

En tercer lugar, en tono que pudiera aparentar más coyuntural, la posesión suscita hoy especial interés al amparo de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Y digo aparentemente porque en el cuerpo de esta normativa se integran los aspectos sustanciales que hacen a la posesión en la esfera pública, con especialísima mención a la regulación que se contiene sobre la autotutela posesoria, prerrogativa administrativa que se recepta por primera vez con un alcance general y básico.

II. LA CONSIDERACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS DESDE LA CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LA POSESIÓN

En su monografía sobre la posesión, y desde las fuentes romanas, aplicables por entonces, a falta de un Código nacional, en territorio alemán, SAVIGNY advertía cómo ninguna cosa que se hallare fuera del comercio de los hombres y en que se reconociera tal cualidad podía ser objeto de posesión¹. «Porque en este caso, el *animus domini* no sólo es ilegal como acontece cuando poseemos una cosa que sabemos es de otro, sino que también faltan cuantas relaciones con la usucapión y los interdictos producen un derecho de posesión independiente de la propiedad». En ello se fundamentaría la razón por la que entre los romanos se encontraban excluidas de poseerse las cosas públicas y comunes (*res publicae, communes*). Sobre éstas resultaba imposible adquirir la posesión, y, si se tenía, se perdía en cuanto el objeto pasaba a ser de la indicada especie; se cesaba, así, en la posesión de un fundo cuando quedaba sumergido por el mar o un río, no momentáneamente, sino de modo que la invasión de las aguas se demostrase permanente.

Pero si el *animus domini*, por su condición intelectual, ya presenta por sí demasiados flancos débiles para su admisión, cuando no comprensión, tratándose de bienes públicos no basta, ni convence, advertir sobre su ilegalidad por la naturaleza afectada del cuerpo posesorio. Se antoja una respuesta nada convincente, absolutamente descriptiva y en modo alguno crítica.

Con la necesaria mayor elaboración, IHERING retomará el supuesto. En la clasificación de las relaciones posesorias, distinguirá entre tenencia absoluta y relativa². Mientras que en ésta, la *detentio alieno nomine*, la relación indicada en la persona del tenedor se combina con la posesión de la persona por la cual posee, sin negar la existencia de una posesión de una manera *absoluta*, sino tan sólo en la persona del tenedor (*relativa*), la relación de tenencia puede, sin embargo, significar también que no haya posesión «de una manera *absoluta*». Tal ocurría, según el Derecho romano, en el caso de las *res extra commercium*, poniendo IHERING el ejemplo de estar sentado en un banco de un parque público y el de un marino que ha sujetado con las amarras su nave a un puerto determinado de un río público o de un puerto³. Ambos individuos tendrían ocupados el puesto, y podrían, en su vir-

¹ Cfr. *Tratado de la posesión según los principios de Derecho romano*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, § 9, pág. 66.

² *La voluntad de la posesión con la crítica del método jurídico reinante*, trad. de POSADA, Madrid, Revista de Legislación, 1910, pág. 18.

tud, mantenerse en su ocupación por la fuerza. Lo mismo sucedería con la toma de posesión de las cosas objeto de una propiedad privada entregadas al uso público, tales como los asientos en los coches de los ferrocarriles, las sillas y los periódicos de las fondas. En todos estos casos habría no una simple relación de lugar, sino una relación de tenencia, en cuanto que la voluntad se habría incorporado en la relación con la cosa; y el que tratase de arrancar la cosa del poder del respectivo interesado, atacaría su voluntad y, por consiguiente, su personalidad, que tendría el derecho jurídicamente, y el deber socialmente, de defender.

A partir de ahí, la hipótesis será empleada por IHERING para confirmar los dos extremos fundantes de su teoría sobre la posesión; tanto que a cada uno habría de consagrar trabajos separados.

En el primero, no sólo en el tiempo, sino en el orden lógico del tratamiento acerca del instituto posesorio, se inclinaría, luego de desarrollar, y valorar, las distintas teorías habidas hasta la fecha, por localizar la razón de la protección posesoria, de la existencia misma del *ius possessionis*, de ese derecho de posesión que se reconoce en Derecho, por más que se carezca de un título de fondo (*ius possidendi*). La protección de la posesión como exterioridad de la propiedad, especificará, «es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario»⁴. Desarrollando la idea, afirmará que donde no hay ni cabe el derecho de propiedad, no hay ni corresponde la posesión, pasando, entre otras manifestaciones, a ocuparse de los bienes públicos.

A su juicio, de estos bienes ni siquiera podía predicarse la propiedad en cabeza del Estado, en un razonamiento que, sin apuro, cabe ver en la raíz de la moderna dogmática alemana sobre las cosas públicas.

«Parto del principio —expresaba— de que la noción “pertenece” (*gehören*), (*alicujus esse*) y la de la propiedad no son una sola y misma cosa, sino que, por el contrario, una cosa puede *pertenecerme* (*gehören*) sin estar en mi propiedad, es decir, sin estar sometida a los principios enunciados para ésta, en lo que concierne a la adquisición, la pérdida, la protección, la copropiedad, etc., Mis cabellos *me pertenecen*, y los mechones de cabellos cor-

³ Ídem, pág. 56.

⁴ *La teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*, trad. de POSADA, Madrid, Reus, 1912, pág. 57.

tados son objeto de comercio y de propiedad; pero mientras están adheridos a mi cabeza no se puede aplicarles la noción de posesión y de propiedad. Las *res sacrae* pertenecen a las comunidades religiosas, las *res religiosae* a personas privadas, y esa relación jurídica tocaba muy de cerca a la propiedad, porque era una relación de la cosa con la persona, protegida por las acciones con un destino limitado, pero exclusivo para un cierto fin. Sin embargo, los romanos no la comprendían bajo la noción de propiedad, porque en otro caso hubieran declarado aplicables toda una serie de principios que no tenían aplicación a esas cosas, tales como la libertad de enajenar, la posibilidad de la copropiedad, el establecimiento de servidumbres, la usucapión, etc. ¿Qué ocurre ahora con las *res publicae*? Su destino no es servir al Estado como persona jurídica, sino a los ciudadanos (*usus publicus*). Ahora bien: puede conciliarse perfectamente con ese destino una relación jurídica secundaria del Estado con esas cosas, y yo reconozco que la pretensión del Estado a la renta de las *res publicae*, lo mismo que la propiedad que le corresponde sobre esas cosas en el caso en que la *res publica* se transforma en *res privata*, exceden de la noción del *jus majestatis*... ¿Pero es necesario admitir ese derecho como *propiedad*? He ahí lo que yo niego. Si se quiere ampliar esta expresión en el sentido indeterminado de pertenecer jurídicamente, como cuando se habla de la propiedad de un crédito o de una letra de cambio, o de una propiedad literaria, entonces no tengo nada que objetar: los mismos romanos se han permitido semejante inexactitud ante la falta de otra expresión. Pero es cosa muy distinta aplicar a esa relación la noción de propiedad, y he ahí toda la cuestión, pues eso implica la aplicación de todas las reglas de la teoría de la propiedad. La aplicabilidad de la noción de propiedad a las *res publicae* está claramente denegada en Derecho romano, porque no sólo esas cosas están puestas en oposición con el *verdadero* patrimonio del Estado (*patrimonium, pecunia, bona populi, fisci*), sino que también se encuentra formalmente discutida en lo que les concierne la aplicación de las nociones que suponen las cosas susceptibles de ser el objeto de un derecho de propiedad, por ejemplo, la usucapión, la venta, las servi-

dumbres, la estipulación, etc.»⁵.

En su segundo, pero igual de trascendente, trabajo se centra en la crítica de la teoría subjetiva acerca de la posesión, aquella que proclamada por SAVIGNY distinguirá el *animus domini* como elemento diferencial de la posesión, obvia y fundamentalmente respecto de la tenencia o posesión derivada. Según la teoría de IHERING, la importancia de la voluntad para la doctrina de la posesión estriba por entero en la distinción entre la relación posesoria en su sentido lato y la simple relación de lugar (yuxtaposición local). De otra forma: la distinción entre posesión y tenencia no se funda en la *voluntad* de poseer, no nace de ella, pues es exactamente la misma, en el tenedor y en el poseedor. En uno y otro existe el *corpus* y el *animus*, y si el primero tiene no la posesión, sino la tenencia, el fundamento de esto está en el hecho de que, movido por motivos prácticos, el Derecho en ciertas relaciones suprime los efectos de la posesión. Y es éste el gran momento en que IHERING contrapone ambas teorías a través de sus famosas fórmulas algebraicas⁶.

En la primera designará con x la posesión; con y la tenencia; el *corpus* con c ; el *animus*, esa voluntad mínima del tenedor para serlo, con a ; el elemento de más que cualifica esa voluntad con $^{\alpha}$ según la tesis savignyana; y la disposición de la ley que, según la teoría iheringniana, niega la posesión en ciertas relaciones con n . De conformidad con todo ello, la fórmula para la teoría subjetiva sería:

$$\begin{aligned}x &= a + ^{\alpha} + c \\y &= a + c\end{aligned}$$

En tanto que para la teoría objetiva:

$$\begin{aligned}x &= a + c \\y &= a + c - n\end{aligned}$$

⁵ Ídem, págs. 152 y ss. «El sistema desenvuelto hasta aquí —afirmará muy poco después—, y el paralelismo que sostengo entre la posesión y la propiedad, encuentran en la L. 1, § 22 de *pos.*, citada más arriba, un apoyo sólido por el cual se completan mutuamente. En efecto, negando la posesión de la *res publicae*, y sustituyéndola con el *usus publicus*, ese pasaje reconocía mi proposición: allí donde la propiedad no es posible, la posesión tampoco lo es, y suministra así un nuevo argumento contra la teoría de la propiedad del Estado sobre las *res publicae*. Si el Estado tuviese la propiedad de esas cosas, ¿por qué la jurisprudencia romana no habrá reconocido ahí como posesión la exterioridad de esta propiedad, y por qué habrá negado al Estado la protección posesoria que tiene una importancia tan grande desde el punto de vista de la protección de la propiedad» (ídem, pág. 157). IHERING alude al pasaje del Digesto por el cual se establece que «los munícipes no pueden poseer nada por sí, porque no pueden convenir todos. Mas tampoco poseen el foro, la basílica, y otras cosas semejantes a éstas, sino que usan promiscuamente de ellas» (41, 2, 1, 22).

⁶ Cfr. *La voluntad de la posesión...*, cit., págs. 59 y ss.

En función de esta segunda teoría, siempre que habiendo entrado en poder de una cosa, expresión de la que de suyo se excluyen las relaciones de mera yuxtaposición local, donde ni siquiera existe ese mínimo de voluntad requerido respecto del uso o detentación de la cosa (ese *animus tenendi* alejado de cualquier afirmación de derecho, y menos del de propiedad), se debe admitir x ; es decir, que hay posesión, mientras no se procure (pruebe) sobre la existencia de n , de una causa impediende de orden legislativo, por más que tal causa se base, como para los casos de tenencia de fuente contractual, en la experiencia, positivamente convalidada, eso sí, de los sentidos. Precisamente, al margen de esta relación de tenencia, calificada por él, como sabemos, de relativa, es que IHERING repara en este justo instante en las cosas fuera del comercio, señalando el modo en que a su respecto deviene operativa la exclusión. Las *res extra commercium* no podían, recordaba el genio de Aurich, ser objeto de la posesión. No se decía si sólo cuando el que las tenía en su poder conocía de su cualidad o también aun cuando lo ignorase. El único texto de las fuentes que a esa relación se refiere habla del caso en que un individuo entierra un cadáver en un fundo, sabiendo, o debiendo saber, que el sitio se convierte en un *locus religiosus*, determinando la pérdida de la posesión. Sin embargo, destacaba que la doctrina reinante, a la que se sumaba, admitía que la imposibilidad de la posesión de estas cosas era de naturaleza objetiva y que, por tanto, el conocimiento o la ignorancia nada tendrían que ver en la cuestión. «Tomada como fundamento esta opinión —añadía— tenemos inmediatamente nuestra n . Las condiciones positivas de la posesión vense aquí desprovistas de su efecto ordinario; $a + c$ según nuestra teoría, $a + \alpha + c$ según la teoría subjetiva, no engendran aquí x , sino y ; el fundamento no puede, pues, radicar más que en el factor *negativo* n , que priva aquí de su efecto a las condiciones positivas; surge aquí un impedimento posesorio legal, el cual se interpone en el camino de la posesión»⁷.

SALEILLES, que asumirá, con contados matices⁸, la tesis de IHERING confrontándola con la normativa del *Code* en materia de posesión, plasma la misma idea:

⁷ Ídem, pág. 63.

⁸ El profesor francés, por más de asumir la crítica de IHERING a la teoría savignyana sobre los elementos de la posesión, se aleja de sus conclusiones en cuanto al fundamento protectorio. Dirá, así, que «toda la teoría de IHERING está influida por la idea de modelar la posesión con arreglo al contenido de la propiedad, a fin de que aquélla sirva de garantía á ésta. La posesión se erigió en institución jurídica para servir de baluarte á la propiedad. Para una teoría de esta clase, la posesión no puede ser otra cosa que el ejercicio visible de un derecho y a manera de desdoblamiento de un derecho: es la parte material, la fase externa, considerada aisladamente, ya se trate de un derecho propiamente dicho o de una situación jurídica cualquiera; posesión de derecho o posesión de estado, que de este modo se reducen a la unidad». Frente a ella, la teoría de SALEILLES «arranca de la independencia de la posesión respecto

«Sabido es, sin ir más lejos, que en muchos casos puede haber *animus domini* sin posesión. Tal es lo que sucede con el hijo de familia o con el poseedor de una cosa fuera del comercio. Éstos podrían obrar como propietarios, pero carecen de posesión. Con estos ejemplos no pretendo presentar objeciones irrefutables contra la teoría del *animus domini* porque cabe dar una doble explicación aquí de que se excluya a aquéllos de la posesión. Primero, que estos poseedores poseen en virtud de circunstancias jurídicas, que desde el punto de vista del Derecho excluyen el propósito de adquirir la propiedad; el Derecho no puede reconocer que se desee lo que prohíbe; por consiguiente, no puede admitir que se aspire a la propiedad de una cosa colocada fuera del comercio o que el hijo de familia quiera adquirir la propiedad cuando carece del derecho de ser propietario. El *animus* de estos poseedores, lo que el Derecho puede tomar en cuenta, no es su voluntad personal sino una voluntad conforme a su estado legal; del mismo modo con respecto al *animus* del arrendatario, no se tiene en cuenta su voluntad verdadera, sino lo que se deriva de su título. Ciertamente que no puede darse esta explicación como verdadera al poseedor de una cosa *extra commercium* que ignora esta circunstancia: no se puede decir que no tiene derecho a querer lo imposible, porque ignora la condición de la cosa. Al admitirlo habría que reconocer una doble presunción: primeramente que su verdadera voluntad estuviese conforme con la voluntad que la ley le supone, o sea su voluntad legal, única admisible en la vida del Derecho; y después que conozca exactamente la extensión y el alcance de este orden jurídico; de modo que sepa lo que le

de la propiedad bajo el punto de vista histórico, y llega a la independencia doctrinal. La posesión no se inventa para servir de baluarte a la propiedad: fue anterior a ella; y una vez constituida la propiedad, sirvió indudablemente para ampliar sus bases, para consolidarla allí donde existía y parecía legítima; pero también a veces para atenuar su rigor, ya que no para reemplazarla, cuando la teoría del *dominium* parecía demasiado estrecha y rigurosa. La apropiación individual comenzó por la posesión; esta posesión individual la protegieron las costumbres antes que el Pretor concediese sus interdictos; y cuando, merced a la intervención poderosa del Estado, quedó constituido el *dominium*, la posesión conservó su lugar histórico en la esfera jurídica; quedó como forma sumaria de apropiación individual protegida por el Pretor; porque siempre la respetó la tradición, y protegida a fin de asegurar al individuo sus derechos a la apropiación individual en el amplio sentido de la palabra, hasta el momento de probar un derecho de orden superior» (*La posesión. Elementos que la constituyen y su sistema en el Código Civil del Imperio Alemán*, trad. de NAVARRO DE PALENCIA, Madrid, Victoriano Suárez, 1909, págs. 327 y ss.).

es lícito con arreglo a Derecho, y que sabiéndolo lo quiere. Pero esta explicación puede fallar aquí en ciertos casos, y entonces surge una segunda, a saber: que la ley no admite la posesión sino allí donde es posible la propiedad; sabido es que esto es un concepto discutible; pero basta la posibilidad para que pueda verse en ella una razón atendible para excluir la posesión independientemente de todo lo relativo al *animus* personal del poseedor»⁹.

Con tales palabras no se crea que el autor se aleja de la visión del maestro alemán; el tono de su argumentación pertenece a un contexto donde trata de valorar hasta qué punto la pretendida doctrina romana acerca del elemento volitivo en la posesión concuerda con el régimen, éste sí incuestionable según las fuentes, de exclusión de las cosas públicas respecto de la posesión.

Dicho esto, todavía debemos volver a IHERING, cuando, para completar el análisis, profundiza sobre el fundamento por el que el legislador se inclina por tal exclusión. Sorprendiendo una vez más con la altura de su discurso, sostendrá que no basta invocar aquí simplemente la regla previamente formulada «de que *donde no hay propiedad no puede haber posesión*. Este argumento no puede bastar más que para aquellos que se satisfacen con razones aparentes formuladas a manera de principios. Si yo concibo por adelantado una noción de la propiedad de una manera suficientemente estrecha, para no comprender más que las *res in commercio*, y si luego establezco entre la posesión y la propiedad una relación teórica tal, que la una sea la condición de la otra, todo está, sin duda en orden y la noción inclinará la balanza. Pero, en realidad, toda noción en Derecho oculta en el fondo un fin práctico, que es el que ha hecho surgir las reglas del Derecho, las cuales el jurista no ha podido formular teóricamente sino después. Tal es lo que pasa en la relación presente. El motivo práctico que ha determinado la exclusión de la propiedad de las *res extra commercium*, consiste en la necesidad de conservarlas en su destino»¹⁰. Si el orden jurídico admitiera la posesión sobre estas cosas, se pondría en contradicción consigo mismo, dejando de serlo. No se quiere, por ello, permitir su aplicación «a otros fines que aquellos a los cuales están destinadas, y, sin embargo, lo consentiría y lo reconocería bajo la forma de posesión. El Derecho no puede proteger a nadie en una posición que él mismo rechaza, ni definitiva —protección de la propiedad—, ni provisionalmente —protección de la po-

⁹ Ídem, págs. 220-221.

¹⁰ *La voluntad de la posesión...*, cit., págs. 67-68.

sesión—. Lo provisional no está en su lugar más que allí donde la situación es por lo menos concebible en Derecho, lo cual no pasa con las *res extra commercium*»¹¹.

III. LA POSESIÓN EN LA VISIÓN TRADICIONAL ACERCA DEL DOMINIO PÚBLICO

Según la teoría objetiva, en resumen, los bienes del dominio público no serían objeto ni de propiedad ni de posesión, ni siquiera a través de una suerte de manifestación pública de cada una. Ambas se tratarían de instituciones del Derecho privado inoperantes allende sus fronteras. La voluntad, voluntad errónea, por supuesto, no podría, ni siquiera en el planteamiento «subjetivo» de SAVIGNY, que, por lo demás, no se habría adentrado mucho en el problema, doblegar la condición demanial; el ánimo de propietario no podría incluir el bien excluido en el tráfico común.

Inaugurado por la doctrina administrativista francesa el modelo del *domaine public*, con la enorme influencia que tendrá entre nosotros, se avanzó confiriendo al Estado la propiedad sobre los bienes públicos. Desde este prisma general, la posesión se apega en abstracto al contenido de ese derecho, suscitándose a lo más la cuestión del estatuto del concesionario sobre los bienes afectados. Tal sería el germen de la teoría de los derechos reales administrativos, centrada en convalidar la defensa interdictal del concesionario contra las vías de hecho provenientes de terceros pero, sobre todo, del órgano concedente¹².

No existiendo autorización especial, la posesión sobre los bienes públicos por particulares no se trata, no es posible, porque el dominio público es eso, inalienable, imprescriptible e inembargable, y no conviene mezclar los tantos. Dará lo mismo el comportamiento, la buena o mala fe del particular, por cuanto la demanialidad es una condición que veta la hipótesis, debiendo imponerse al comprobarse.

De esta época del razonamiento jurídico, superada, veremos, hoy hasta por sus valedores, la mejor muestra la encontramos en el Apéndice II de esa monografía clásica de GARCÍA DE ENTERRIA que constituyen sus *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*. Me refiero al dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1949, que en tal sede se transcribe y del que aquí se extraen dos de sus párrafos de mayor enjundia:

¹¹ Ídem, pág. 68.

¹² Vid., por todos, GÓNZALEZ PÉREZ, *Los derechos reales administrativos*, Madrid, Civitas, 1989, págs. 11 y ss.; DE REINA TARTIÈRE, «Los derechos reales administrativos: fundamentos para una categoría», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 714 (2009), págs. 1674 y ss.

«Interesa destacar —dícese— tal potestad de la normalmente definida como “acción directa” por nuestra doctrina clásica por lo que hace a las cuestiones posesorias ordinarias. En efecto, en este orden la Administración no precisa la protección interdictal del juez contra las inquietaciones posesorias de sus bienes patrimoniales, pues por sí misma y usando su propia coacción puede defender la posesión de que disfruta. Se trata en este caso de una autotutela administrativa limitada al solo campo del *ius possessionis*; la autotutela posesoria administrativa tiene por eso los mismos límites de la tutela posesoria interdictal ordinaria, contraída también al supuesto expreso del *ius possessionis* dimanante del *factum possessionis* (art. 446 CC); de ahí que tradicionalmente hayan venido requiriéndose para esta autotutela administrativa (*interdictum proprium*) los mismos requisitos que condicionan la tutela interdictal del juez: hecho de la posesión propia y usurpación reciente no sobrepasante del término de año y día [y cita de normativa y jurisprudencia].

Por lo que hace a la potestad de autodefinición administrativa de la existencia, extensión y derechos del dominio público la cuestión es distinta: no se trata de una simple protección posesoria que en todo caso la Administración tiene por su facultad de policía de la pública utilidad que, como se ha dicho, está ínsita en el mismo concepto del dominio público; no es un *ius possessionis* lo que la Administración autodefine en los actos de deslinde de bienes demaniales, sino, mucho más, un *ius possidendi* dimanante, no ya del simple hecho de la posesión propia, sino del derecho de una titularidad dominical material; no es así un problema interdictal, de mera ocupación posesoria, sino una cuestión de *ius vindicatio*; se trata de una verdadera autoreivindicación dominical, en el propio sentido del artículo 348 del Código Civil, y, por tanto, no determinada por condiciones posesorias, sino por el propio derecho material que se afirma...»¹³.

¹³ *Dos estudios...*, Madrid, Civitas, 1998, págs. 160-161. Respira similar espíritu el sentir de CLAVERO, en plena coherencia con su visión cerrada de la condición de dominio público con respecto a eventuales pretensiones jurídico-privadas, a la que en breve se hará alusión en el texto. Por lo que toca ahora, el ilustre profesor sevillano afirmará que el carácter extracomercial que resulta de la afectación de los bienes a una función pública no puede perderse por un acto privado de posesión, ya que la contradicción entre la posesión privada y el

Por tanto, siendo bienes de dominio público, la Administración puede reintegrarse de los mismos directa y autónomamente, independientemente del tiempo que lleve sin ocupar o servirse del bien, perdiendo el expediente cualquier connotación (analógica) con el juicio interdicial donde sólo se ventila sobre el carácter de la posesión, el tiempo en que hubiera procedido el despojo, ya que la acción, por sumaria, precluye al año, y sin que pueda, ni deba, discutirse sobre el fondo del asunto: esto es, quién tenga mejor derecho a poseer.

En este punto conviene, cuando menos, desarrollar algunos conceptos básicos que distinguen las tres posibles vertientes posesorias, es decir, las tres posibles nociones a las que uno puede referirse cuando habla de posesión.

Estrictamente, se habla del hecho de la posesión (*factum possessionis*) para aludir a que una cosa se halla en nuestra esfera de poder, se encuentra puesta a nuestra disposición. Téngase presente que la posesión, aun dotada de eminente juridicidad, depende para su constitución de un hecho material y voluntario como es la aprehensión. Sin tomar la cosa de que se trate, sin someterla, siquiera por un instante, a nuestros intereses, no hay posesión de ningún tipo. Ahora bien, ello no significa que la aprehensión sea un acto de exclusiva ejecución personal; igualmente se prevé que la adquisición de la posesión, como su conservación, puedan llevarse a cabo mediante interposición de terceros, ya tenedores, ya representantes.

A partir del mismo momento en que una persona adquiere, por su aprehensión, la posesión de una cosa, surge el *ius possessionis* o derecho de posesión. Estamos ante un derecho subjetivo que deriva, como

carácter extracomercial del dominio público se resuelve a favor de este último, sin que quepa una posesión abusiva que pueda desvirtuar tal carácter. «De la misma forma que se pierde la posesión cuando el bien se eleva al carácter de bien extracomercial, la posesión de un bien que ya es extracomercial no cabe en nuestro Derecho, porque no puede tal posesión destruir a lo que, según el artículo 460.3.º CC, la destruye a ella. Y ello incluso admitiendo la tesis de la desafectación tácita, ya que ésta procedería de otra causa anterior, pero nunca de una posesión en pugna con el carácter extracomercial del dominio público. Podría admitirse tácitamente la usurpación abusiva sobre un bien de dominio público y también la cesación del dominio público por desafectación inmemorial, pero no que la posesión abusiva por sí misma hiciera perder el carácter extracomercial de los bienes de dominio público. Pugaría con el apartado 3.º del artículo 460 CC» («La recuperación...», cit., págs. 120-130); reiterando que «sí, según nuestro Código civil, cesa la posesión al quedar la cosa poseída fuera del comercio, nunca puede empezar jurídicamente una posesión sobre un bien que ya está anteriormente fuera del comercio» (ídem, pág. 131). Por lo que concluía, entre otras razones, estimando que dentro del artículo 404 de la Ley de Régimen Local de 1955 —piedra de toque de su investigación, normativa que estableciera la genérica potestad de las corporaciones locales de recobrar por sí mismas «sus bienes»— se incluían, por supuesto, los bienes patrimoniales, tanto propios como comunales, mientras que para los de dominio público no se habría de dar la limitación de año y día a la que se refería, sin distingos, el precepto, por virtud, a su juicio, del carácter extracomercial de dichos bienes por causa de su afectación a una función pública (ídem, págs. 133-134).

digo, del mismo hecho de la posesión; en otras palabras, su título de constitución es la propia situación fáctica de la posesión, sin tener otro motivo legitimador, ni importar el título, causa o modo por cuya virtud el poseedor haya arribado a su condición. Pero, una vez adquirido, el derecho de posesión no necesita del mismo hecho de la posesión para continuar existiendo. De esta manera, cabe tener derecho de posesión sin posesión, como pasa con la persona que ha sido violentamente despojada, quien puede defender la posesión que ya no tiene, y ello con independencia de que goce de un título formal o superior para mantenerse en la posesión.

Con lo anterior se comprende la esencia, el alcance exacto del derecho de posesión: el derecho de seguir en la posesión que se ostenta. El ordenamiento protege así el *statu quo* posesorio, sin reparar en que el poseedor sea propietario, precarista, ladrón o usurpador. Ante el despojo, ante la turbación, se defenderá al poseedor, sin más, con ese solo presupuesto, habilitando un expediente especial, el interdictal, caracterizado por la rapidez de su procedimiento¹⁴.

Finalmente, la tercera vertiente del fenómeno de la posesión constituye el *ius possidendi* o derecho de/a poseer. Aquí el enfoque cambia, centrándose en el contenido típico del derecho, personal o real, pero siempre distinto al de posesión, que se alega para poseer; desde este punto de vista, la posesión se presenta como efecto y no como causa del derecho pretendido. Así, quien compra un inmueble tiene derecho a poseerlo, conforme resulta de la compraventa, facultad idéntica a la que le conferirá el dominio que adquiera cuando el bien se le entregue. La compraventa primero, el dominio después, serían sus respectivos títulos sustantivos para poseer. En ambos casos la posesión reflejaría un atributo, pudiéndose solicitar, conservar o reestablecer a través del juego de las acciones declarativas ordinarias. Con todo, entre el comprador al que todavía no se le hubiera hecho tradición y el propietario habría una importante diferencia: la posibilidad que tendría el segundo de impetrar la tutela de su posesión también por el trámite más ágil que representan los interdictos¹⁵.

Volviendo a aquel dictamen del Consejo de Estado, cuando la Administración, en ejercicio de su potestad de autotutela, defiende, has-

¹⁴ Como para la interposición de los interdictos se requiere que no haya transcurrido más de un año a partir del despojo que se discute (cfr. arts. 460, inc. 4.º, CC y 439.1 LEC), puede decirse que el *ius possessionis*, el derecho constituido por el mero hecho de poseer, se perdería si se deja de accionar por ese lapso de tiempo.

¹⁵ Justificando la dicotomía empleada en el texto, se puede hablar, así, de un derecho a poseer, para cuando nunca se hubiera poseído, y de un derecho de poseer, en referencia a quienes, habiendo poseído la cosa, gocen de un derecho cuyo contenido precisamente incorpora la facultad de poseer.

ta la expulsión de quienes los puedan estar ocupando, bienes del dominio público, es evidente que actúa con base en su título, en su *ius possidendi*, título legal, con base, a su vez, legal o particular (norma o decisión ejecutiva) a partir de la afectación como presupuesto. Y es precisamente por esta misma idea de afectación, de la dinámica constitutiva del dominio público, que no se necesita que haya habido hecho posesorio, aprehensión de tipo alguno, puesta voluntaria a disposición; esto es algo que resulta absolutamente prescindente a los efectos de la potestad de autotutela. En otras palabras: la posesión como fenómeno multifacético no existe absorbido por la institución del dominio público. Por lo que sobra preguntarse, según ha hecho el jurista desde siempre, por qué se protege aquí la posesión, porque tal no existe como derecho autónomo, a partir del mero *factum* posesorio. La posesión administrativa, la posesión demanial, se protege, sin más, por las mismas razones que el derecho de fondo: el interés público con miras al cual se afectó.

Pero la tendencia que se describe, propia, repito, de un momento histórico anterior a la Ley 33/2003, no se limita a lo posesorio, sino que repercute, con idéntico resultado, en ese otro ámbito de publicidad y apariencia que representa el Registro de la Propiedad¹⁶. La identidad es perfectamente lógica. «Los bienes del dominio público —expone por entonces CLAVERO— aun cuando estuvieran inmatriculados en el Registro continúan siendo de dominio público, lo que determina, a los efectos de la buena fe, una publicidad demanial superior a la patrimonial que pudiera sugerir la inscripción registral»¹⁷.

Que la inscripción registral no valía para convertir lo que era dominio público en privado, siendo nulo, por los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad, cualquier título de propiedad particular

¹⁶ Como enfatiza GORDILLO CAÑAS, «la teoría de la apariencia parte, en la encrucijada entre la seguridad estática o seguridad de los derechos y la seguridad dinámica o seguridad del tráfico [con inexcusable cita aquí a EHRENBURG], de la necesidad de proteger al tercero que actúa de buena fe. ¿Qué se va a exigir para ello? La existencia de una situación objetiva de apariencia jurídica, que, por su propia objetividad y consistencia, pueda generar la confianza justificada y razonable del tercero. El temor a eventuales y remotos motivos de ineficacia, de comprobación excesivamente complicada o moralmente inalcanzable, no debe paralizar el tráfico ni minar la consistencia de los actos realizados de acuerdo con la normal diligencia. De ahí que si la apariencia objetiva y fiable no concuerda con la realidad de las cosas, el tercero que desconocía dicha discordancia deba ser protegido, manteniéndose la eficacia de su actuación: lo que en sí era sólo apariencia, valdrá para el tercero de buena fe *como si* fuera la realidad. No por ello, evidentemente, el perjudicado a consecuencia de esta medida protectora va a quedar desamparado por el Derecho: quedando a salvo el tercero, podrá dirigirse contra quien contrató con él» («La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2 [1994], págs. 21 y ss.).

¹⁷ Cfr. «La inalienabilidad del dominio público», en el núm. 25 de esta REVISTA (1958), pág. 77.

sobre el demanio por más que constare inscrito, será algo compartido por GONZÁLEZ PÉREZ, aunque manifestando su preocupación al respecto¹⁸. Y es que la congruencia con una ortodoxa concepción del dominio público daría al traste con la expectativa de los terceros, quienes, salvo en muy contadas ocasiones, no dispondrían de los medios para conocer sobre la demanialidad del bien; «porque, en efecto, el dominio público —cualquier dominio público, incluso el más “natural”, salvo supuestos excepcionales— no aparece claramente delimitado en la realidad. Que un terreno sea o no zona marítimo-terrestre, por ejemplo, depende de circunstancias tan contingentes que resulta imposible conocerlo con exactitud, ni siquiera por aproximación. Por lo tanto, cuando una persona, física o jurídica, nacional o extranjera, adquiere en las zonas del litoral un terreno —incluso, edificado, y edificado a veces por un monumental rascacielos— no sabe —*ni tiene por qué saber*— que aquello es dominio público. Le bastará con acudir a los Libros del Registro para verificar si le vende el que es propietario»¹⁹. Con un agravante, por tanto: que el bien se encontraría inscrito a favor del transmitente como si estuviera dentro del comercio ordinario. Se imponía, en consecuencia —decía premonitoriamente—, «un serio replanteamiento del tema. Si es preciso, a nivel normativo, a fin de que se promulguen las disposiciones necesarias para que se respete la seguridad jurídica y, de este modo, se restablezca el equilibrio entre las prerrogativas y las garantías, sin las que no puede hablarse de Derecho administrativo».

IV. HACIA LA INTEGRACIÓN DE CONCEPTOS: APARIENCIA JURÍDICA, CLASES DE DOMINIO PÚBLICO Y REGISTRACIÓN

Entre las facultades y prerrogativas que las Administraciones Públicas ostentan para la defensa de su patrimonio, el artículo 41.1, letra c), de la Ley 33/2003 señala la de «recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos». Si los bienes y derechos cuya posesión se trata tuvieran la condición de demaniales, la potestad de recuperación podrá ejercitarse en cualquier tiempo, mientras que si se trata de bienes y derechos patrimoniales la recuperación de la posesión en vía administrativa requerirá que la iniciación del pro-

¹⁸ «Los efectos de la inscripción de los actos administrativos», en el núm. 74 de esta REVISTA (1974), págs. 29 y ss.

¹⁹ Ídem, pág. 34, n. 30. Se anticipan desde aquí las diferencias que existirían entre el puntual razonamiento de GONZÁLEZ PÉREZ, para el que la naturaleza de las cosas implicadas no es, no era, predeterminante, y el que se sigue en adelante.

cedimiento se notifique antes de que transcurra el plazo de un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación. Pasado dicho plazo, corresponderá ejercitar la acción pertinente ante los órganos del orden jurisdiccional civil. El artículo 55 de la Ley, en desarrollo de aquella potestad meramente enunciada, discrimina así entre bienes demaniales, cuya posesión podrá recuperarse coactivamente por la Administración titular en cualquier momento, y el resto de bienes públicos, que se someten al tradicional lapso de un año de ejercicio interdictal. Fíjese cómo el último precepto citado remite, para la recuperación de esta segunda clase de bienes, si es que se traspasara el límite anual a contar desde el despojo, a la justicia civil, sin especificar al interdicto; y es que, cumplido el año, se consumiría la posibilidad de ejercitar aun tal recurso posesorio, concerniendo, en su caso, el petitório²⁰. Para estos bienes el privilegio, que se sumaría a aquellas especialidades que alejan los bienes patrimoniales de la Administración de la propiedad privada común, consistiría en ello, y es bastante, por cuanto no están «afectados al uso general o al servicio público» (art. 5.1)²¹.

Pero la autotutela con relación al dominio público no prescribe nunca, al menos según la formalidad de la Ley. Sin embargo, esto equivaldría a sesgarla en su propósito y significado, digo el de la Ley. En este sentido, no pueden subestimarse los preceptos previos donde se precave a los órganos competentes de su obligación de inscribir los bienes, demaniales o no, algo que no se hace precisamente *pour la galerie*, y así, de la mejor y coordinada forma, debe interpretarse²². Que en su dicta-

²⁰ Conforme decía CLAVERO ARÉVALO con respecto a la facultad otorgada a las Corporaciones locales para recuperar sus bienes en la forma establecida en el artículo 404 de la anterior Ley de Régimen Local, tal facultad representa «la institución paralela en el Derecho administrativo al interdicto de recobrar en el Derecho privado. Pero no es esto sólo; es que frente al principio de que no caben interdictos frente a la Administración podría también señalarse el de que la Administración, por norma general, no puede ejercer interdictos frente a los particulares, ya que sustituye ese procedimiento por el de prerrogativa consignado en el citado artículo 404. Cuando los bienes están en posesión de particulares por plazo inferior a un año, porque debe acudir a la norma jurídico administrativa de la recuperación de Derecho público, y si ha transcurrido el año porque ya no tiene plazo, según el artículo 1.653 de la Ley de Enjuiciamiento civil [de 1881; equivalente al artículo 439.1 de la Ley riuaria actual], para recobrar la posesión por vía interdictal» («La recuperación administrativa de los bienes de las corporaciones locales», en el núm. 16 de esta REVISTA [1955], págs. 120-121).

²¹ Con respecto a los bienes patrimoniales, «no se trata de consagrar una prerrogativa por razón de los fines que inmediatamente la Administración persigue con esos bienes, sino más bien de una prerrogativa que se otorga subjetivamente a la Administración sin atender específicamente a los fines que persigue con la afectación que los bienes poseen. Es una modalidad más, en relación con los bienes patrimoniales, de las singularidades que el Derecho privado presenta cuando se aplica a la Administración, incluso cuando ésta actúa según la expresión clásica, como una persona privada cualquiera» (ídem, págs. 124-125).

²² Cfr., en esta dirección, HORGUÉ BAENA, «Bienes públicos y Registro de la Propiedad», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 62 (2006), págs. 41 y ss.; estudio asimismo publicado en DE REINA TARTIÈRE (coord.), *Dominio público. Naturaleza y régimen de los*

men al Anteproyecto de Ley, número 805/2003, el Consejo de Estado considerase oportuna la medida desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la protección de los intereses de terceros, certificaría el cambio de panorama; por más que a continuación recomendará, con buen criterio, establecer un plazo transitorio lo suficientemente amplio como para garantizar el debido cumplimiento de esa obligación de inscribir, plazo que finalmente se cifraría en cinco años desde la entrada en vigor de la Ley, conforme a su disposición transitoria quinta.

Así las cosas, la Administración no puede pretender avanzar, por su solo obrar, contra las titularidades particulares institucionalmente declaradas, expulsando por medio del expediente de autotutela a quien publicado en las tablas del Registro para ella no fuera más que ocupante, ese usurpador interesado al que se refiere el artículo 56 de la Ley 33/2003; ni con mayor razón ejerciendo esa otra prerrogativa de mayor alcance que supone el deslinde (cfr. arts. 50 a 54 de la Ley)²³. Al menos no donde el sujeto no haya tenido posibilidad de conocer del «carácter demanial» del bien, por ser éste en el caso, o, mejor dicho, por pertenecer a esa categoría de bienes públicos inobjetable e indubitadamente afectados.

Efectivamente, la clasificación de los bienes demaniales por su imprevista natural, esto es, por la natural apariencia de encontrarse destinados a la satisfacción de un ostensible interés común, vendría a contraponerse a los bienes singularmente afectados, susceptibles de destinación particular por no identificarse de forma inherente con una especie predefinida de bienes demaniales, siendo respecto de ellos para los que justamente se habría previsto su inscripción (si *ex novo*, inma-

bienes públicos, Buenos Aires, Heliasta, 2009, págs. 459 y ss.; CAPOTE PÉREZ, «Dominio público y Registro de la Propiedad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2006-1, págs. 107 y ss. En contra, SERRERA CONTRERAS, «Inscripción de los bienes de dominio público», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 697 (2006), págs. 1975 y ss.; y, con ciertas dudas, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Consideraciones sobre el acceso de los bienes públicos al Registro de la Propiedad», en *Justicia Administrativa*, núm. extr. 2006, págs. 107 y ss.

²³ La de deslinde es esa potestad, que excede con amplitud de lo posesorio, con que cuenta la Administración al objeto de definir, sin auxilio judicial, los términos de sus bienes inmuebles «de otros pertenecientes a terceros cuando los límites entre ellos sean imprecisos o existan indicios de usurpación» (art. 50.1). El acuerdo de iniciación se notificará a cuantas personas se conozca ostenten derechos sobre las fincas colindantes que puedan verse afectadas por el deslinde, en tanto que la resolución por la que se apruebe el deslinde se dictará previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado, y deberá notificarse a los afectados por el procedimiento de deslinde y publicarse en legal forma. Una vez el acuerdo resolutorio del deslinde sea firme, y si resulta necesario, se procederá al amojonamiento, con la intervención de los interesados que lo soliciten, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente. En todo caso, la resolución aprobatoria del deslinde será título suficiente para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes siempre que contenga los demás extremos exigidos por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria (arts. 52 y 53).

triculación)²⁴. Para los demás, la inscripción, de ser posible, por los problemas de delimitación geofísica que incorporan, no valdría tanto como el uso y disposición que se captan de ellos por los sentidos. Después de tantas vueltas, vendría a receptarse, así, la tesis de PAREJO GAMIR en su, vemos ahora, influyente monografía sobre el tema²⁵.

²⁴ Especialmente, para una crítica a la noción de dominio público natural, *vid.* MARIENHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, § 1696, pág. 46, y MEILÁN GIL, «El dominio público natural y la legislación de costas», en el núm. 139 de esta REVISTA (1996), págs. 7 y ss. Pero más bien parece una cuestión de mero enfoque, pues ninguno de ambos autores niega la enorme repercusión de la naturaleza de las cosas, de algunos tipos de ellas, en el régimen demanial. Comienza advirtiendo el primero, así, que «el dominio público no es creación de la naturaleza: no hay bienes públicos o por Derecho natural. El dominio público es un concepto jurídico; su existencia depende de la voluntad del legislador. Sin ley que le sirva de fundamento, ningún bien o cosa tendrá carácter dominical»; para después no tener más remedio que clasificar los bienes demaniales en naturales o artificiales, no más sea por el mecanismo para su afectación (*ob. cit.*, § 1743, págs. 187 y ss.). «Respecto de los bienes públicos que integran el dominio natural —señalará—, el propio hecho de asignarles carácter público vale automática afectación. Dada la naturaleza de tales bienes, no se requiere acto administrativo alguno que complemente, integre o actualice la ley. Se trata de una afectación *ministerio legis*, que se produce simultáneamente con la declaración del carácter público del bien». En cambio, para las cosas públicas artificiales, su afectación se realiza mediante la creación del respectivo bien (calle, plaza, cementerio, etc.). El esfuerzo discursivo de MEILÁN (*ob. cit.*, pág. 32) concluye de similar forma: afirmando que el dominio público es decisión positiva y categoría históricamente siempre abierta y mutable, lo que «no quiere decir que la condición natural de los bienes —entendida como condición física— no tenga relevancia para el Derecho, con consecuencias directas en relación con la afectación, con la determinación de los bienes que constituyen el dominio y su deslinde, como de su subsistencia y cesación» [y oponibilidad, mediando inscripción o no, agregaría yo]. Es la misma conclusión a la que se arriba siguiendo a SAINZ MORENO, cuando destaca que «el abandono del criterio de los “bienes de dominio público por su naturaleza” quedó claro en el debate de la Constitución. Tanto el Anteproyecto como el Proyecto de Constitución contenían la fórmula de que “en todo caso son bienes de dominio público por su naturaleza, la zona marítimo-terrestre, las playas, etc.”, pero la Comisión del Congreso decidió eliminar ese criterio de determinación. No obstante, es evidente que ciertos bienes de dominio público tienen una naturaleza más adecuada que otros para ser bienes demaniales (son los bienes que históricamente han sido calificados de bienes de uso común), razón por la cual las leyes los califican de bienes de dominio público por su género. En tales casos, cada uno de estos bienes entra en el dominio público desde el momento en que reúne las características tenidas en cuenta por el legislador, sin necesidad, pues, de un acto singular de afectación. Ahora, como dice el Consejo de Estado, “se llama dominio público natural al que lo es por mandamiento directo de la ley, sin necesidad de afectación especial. Pueden ser de dominio público natural tanto bienes y realidades de la naturaleza como productos artificiales de la técnica y el esfuerzo humano si así lo declara la ley, como los castillos y murallas” (Dictamen núm. 322/97)» («El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA», en el núm. 150 de esta REVISTA [1999], pág. 483).

²⁵ Desde el acabado estudio de los antecedentes positivos originarios, en concreto del importante Real Decreto de 11 de noviembre de 1864, el autor remarcaba que «ante el total silencio que la Ley Hipotecaria de 1861 guardó al respecto, la Administración comprendió que sus bienes particulares deberían, para su mejor protección, acogerse al mecanismo registral ordinario, y por ello ordenó, con carácter general, que se inscribieran todos los bienes del Estado y demás Administraciones Públicas. Simplemente se introdujo una excepción a esa obligatoriedad general: la de los bienes que hoy podemos llamar de dominio público, pero que nótese bien, no coincide con lo que entonces se entendía por dominio público. A través de la enumeración de dichos bienes que hace el Real Decreto citado, se descubre con una nitidez

Recordando, por su parte, los considerandos de aquel dictamen de 1949, GARCÍA DE ENTERRÍA no perderá oportunidad para anunciar el cambio en su posición, que la autotutela de la Administración está sometida al principio de buena fe, en atención a la mayor o menor diligencia del ente titular en la defensa de su patrimonio, pero también al de apariencia, en términos afines a los destacados²⁶.

«No parece acertado —subraya el maestro cántabro— decir que en las resoluciones administrativas referentes al dominio público la Administración actúa una verdadera *ius vindicatio*. No está así construido nuestro ordenamiento positivo, simplemente, y es bueno que no lo esté, estimo ahora sin reservas. La institución del Registro de la Propiedad y su conexión sustancial con la garantía judicial que requiere para asegurar su esencial función de seguridad en el tráfico no son disponibles por meras resoluciones administrativas...

Obsérvese, además, que la argumentación operaba sólo con supuestos principios formales de Derecho Ad-

pasmosa, la intención de esas disposiciones. Lo que se excluía del ámbito del Registro, dispensándoseles de la obligación general de inscripción, eran ciertos bienes respecto de los cuales nadie podía razonablemente dudar acerca de su carácter público, y que, consiguientemente, en relación con ellos, era superflua a todas las luces, su inscripción». Esto era, a su juicio, lo que constituía el auténtico nervio de la cuestión. La profunda y última dispensa de estos bienes no habría sido «otra que la *ostensibilidad* general que los caracteriza; el hecho de que ellos, por sí, lleven impresa su condición de públicos. En este tipo de bienes, la demanialidad se revela por sí sola; es pública y notoria; tiene por fuerza que herir los sentidos. Así es como nadie puede ignorarla, y así es como es inútil su inscripción en el Registro, porque el asiento registral no puede añadir nada nuevo, ninguna fuerza especial a lo que ya de por sí poseen» (*Protección registral y dominio público*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1975, págs. 169-170).

El artículo 1 del Real Decreto de 11 de noviembre de 1864 establecía que los bienes muebles y los derechos reales que poseían o administraban el Estado como las, por entonces, llamadas Corporaciones civiles, y se hallaban exceptuados o debían exceptuarse de la venta con arreglo a las leyes desamortizadoras, debían inscribirse «desde luego en los registros de la propiedad de los partidos en que radicaren». La regla, no obstante, se eludía para determinada clase de bienes, exactamente los que «pertencieran tan solo al dominio eminente del Estado, y cuyo uso es de todos, como las riberas del mar, los ríos y sus márgenes; las carreteras y caminos de todas clases, con exclusión de los de hierro; las calles, plazas, paseos públicos y ejidos de los pueblos, siempre que no sean terrenos de aprovechamiento común de los vecinos; las murallas de las ciudades y plazas; los puertos y radas, y cualesquiera otros bienes análogos de uso común y general» (art. 3); excepción que se mandaba mantener hasta que «alguno de estos bienes cambiara de destino entrando en el dominio privado del Estado, de las provincias, de los pueblos o de los establecimientos públicos».

²⁶ Cfr. «Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129 (2006), págs. 117 y ss.; publicado también en el *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, II, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, págs. 2295 y ss.; y como Apéndice III en la cuarta edición de sus mencionados *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas, 2007). Aquí se cita por la primera de tales referencias.

ministrativo, sin siquiera aludir a la institución esencial del Registro de la Propiedad ni tampoco a la función central del sistema judicial en la articulación y desarrollo de una sociedad libre y abierta. Más aún cuando resulta que la reivindicación de los poderes exorbitantes para la Administración que se reclaman intenta justificarse en simples principios formales cuya entrada en juego, casi por hipótesis, tiene lugar cuando la propia Administración ha dejado de utilizar la diligencia normal de cualquier propietario en el cuidado de sus bienes y en la seguridad y defensa de sus derechos, en este caso, además, cuando la Administración ha desatendido la obligación formal que la incumbe de inscribir sus bienes en el Registro de la Propiedad y de vigilar diligentemente la posesión ordinaria de sus bienes. Se trataría, pues, al menos en la mayor parte de los casos, de intentar corregir con poderes expeditivos apoyados en una dogmática posición jurídica superior la laxitud de su gestión patrimonial ordinaria, la falta de la diligencia ordinaria en su propia gestión patrimonial, de la diligencia que a los demás sujetos del ordenamiento se les exige con el standard de conducta clásico del buen padre de familia y con la protección de las posesiones contrarias. El tráfico patrimonial ordinario y los valores e intereses que en el mismo se apoyan parece evidente que no pueden justificar la irrupción brusca y autoritaria de una supuesta *potentior persona* que altera su ritmo y sus leyes ordinarias, *qua nominor leo*, porque me llamo león, simplemente»²⁷.

El Derecho público de cosas no se encontraría, después de todo, tan alejado del privado, lo que debe anotarse en el haber de la Ley 33/2003, y en favor, no cabe duda, del ciudadano. Pero sin revoluciones. En lo tocante al dominio público natural, en cualquier caso, y en el artificial, cuando no exista asiento contradictorio en el Registro, la Administración podrá seguir actuando el expediente de recuperación posesoria, y sin limitaciones temporales. En ambas hipótesis seguirá siendo el *ius possidendi*, el título demanial el que justifique sus actuaciones y el que venga a protegerse por el procedimiento²⁸. La corrección

²⁷ Ídem, págs. 142-143.

²⁸ A título justificativo, no estaría de más aquí recordar las palabras de PAREJO, con prescindencia de su visión superadora en torno a lo que debe entenderse por dominio público. Dice así: «cuando la Administración actúa la policía del dominio público no se está limitando en

que realiza GARCÍA DE ENTERRÍA a su planteamiento anterior no pasa, entonces, en el estricto aspecto posesorio, de moderada, y forzada por un contexto donde la registración se introduce en el estatuto del dominio público como factor de componente aplicación. El autor concluye, así, distinguiendo tres situaciones desde el análisis de los deslindes efectuados o a efectuar por la Administración sobre sus bienes demaniales:

«1.º El reconocimiento de un régimen especialmente enérgico de recuperación por la Administración de aquellos bienes demaniales que constituyen géneros físicos reservados en exclusiva a la Administración y que, por ello, son insusceptibles de apropiación privada (costas, aguas); aquí tiene pleno sentido la prevalencia de las resoluciones administrativas de deslinde (sin perjuicio de su plena recurribilidad jurisdiccional tanto en vía contencioso administrativa como en la civil) respecto de las inscripciones registrales existentes en favor de titularidades dominicales privadas, dado que tales titularidades no son admitidas por la Ley sobre dichos espacios naturales.

2.º La negación de esa fuerza innovativa y correctora sobre las titularidades privadas amparadas en el Registro de la Propiedad en los supuestos de deslindes del demanio constituido por bienes que, en su género, son perfectamente susceptibles de propiedad privada; en estos casos la Administración no puede pretender que sus decisiones de deslinde puedan por sí solas prevalecer so-

realidad a ejercer facultades de propiedad según la función social de ésta (más bien habría que decir: no ejerce tanto facultades de propiedad, no actúa tanto como propietario), cuanto ejerciendo la competencia que le otorga el ordenamiento jurídico para el servicio del interés general. Es erróneo intentar explicar de forma distinta algo que es claro: la Administración sirve aquí también al interés general y para eso se le atribuyen competencias. Explicar este fenómeno —que es tan diáfano— de una forma indirecta, reduciendo la Administración a un sujeto dominical que ejerce derechos y los ejerce en beneficio del interés general a través de la función social de la propiedad encuentra un obstáculo difícilmente salvable: la de forzar y, por tanto, distorsionar la categoría de la función social de la propiedad, la cual está prevista justamente para funcionalizar posiciones de los sujetos ordinarios del Derecho, que en otro caso no tendrían por qué perseguir el interés público». Y continúa: «esto no significa que exista incompatibilidad entre la posición de la Administración en cuanto ejerciente de la competencia de policía del dominio público y su posición como propietaria de los bienes que otorgan soporte al dominio público, porque, para que pueda constituirse el dominio público con toda normalidad, será necesario que el bien correspondiente sea extraído del tráfico jurídico privado, es decir, que sea expropiado total (caso de encontrarse en manos de un sujeto ordinario del Derecho) o parcialmente (de bastar un derecho real limitado sobre la cosa que sea suficiente para realizar el interés general correspondiente)» («Los bienes públicos en el Derecho español, con especial referencia al régimen de los de carácter demanial», en DE REINA TARTIÈRE [coord.], *ob. cit.*, pág. 38).

bre las titularidades registrales privadas sobre los mismos bienes, sino que está gravada con la carga de tener que impugnar ante el juez civil tales titularidades registrales, exactamente como cualquier otro sujeto de Derecho, dada la protección general de los Tribunales con que están situadas las inscripciones registrales.

3.º En todos los casos, salvo los del demanio natural atañente a géneros físicos completos, en los cuales la inscripción de titularidades privadas es un error objetivo, y por tanto corregible por el deslinde administrativo, sin necesidad de acudir al proceso judicial, las inscripciones registrales de titularidades privadas sobre porciones de supuestas pertenencias demaniales no son rectificables por las resoluciones puramente administrativas de los correspondientes deslindes, debiendo acudir la Administración si pretende tener derechos sobre tales bienes al juicio civil declarativo, como cualquier particular»²⁹.

V. POSESIÓN ADMINISTRATIVA Y AFECTACIÓN

La razón de los argumentos formulados obliga a considerar la posesión administrativa en su verdadera autonomía. La diligencia de la que nos habla GARCÍA DE ENTERRÍA para fundamentar su cambio de opinión puede llevarse un paso más lejos, en la medida en que existen criterios que limitan la potestad de autotela más allá del condicionante registral. En Derecho común, la posesión es ante todo materialidad, con independencia de la visión que se mantenga sobre la calidad de la voluntad, eso sí, mayormente excluyente que debe acompañarla. Con ello se pretende advertir que por lógica sólo se puede recuperar aquello que se ha perdido, por lo que la prerrogativa de autodefensa, aun sobre los bienes demaniales, debe hallar en ello un límite de imprescindible comprensión. Es decir, la articulación del expediente prejuzga sobre la existencia de una efectiva afectación. Es éste el instituto condicionante que late tras el requisito de pública posesión que han venido exigiendo, a pesar de todo, nuestros tribunales, con vistas a la convalidación de la recuperación de oficio practicada³⁰.

²⁹ «Inscripción registral...», cit., págs. 140-141.

³⁰ Para una completa selección de los precedentes habidos en la materia, a partir del concreto supuesto de hecho analizado en cada caso, *vid.* CUADRADO ZULOAGA, «La prueba de la posesión pública como requisito para ejercitar la potestad administrativa de recuperación de sus bienes», en *Actualidad Administrativa*, núm. 6 (2005), págs. 716 y ss.

Cimentada de ordinario esta línea jurisprudencial en torno a las actuaciones de los ayuntamientos, la Sala Tercera del Supremo tiene establecido que:

«Dada la naturaleza privilegiada de estas facultades, en cuanto que por medio de las mismas se posibilita la obtención de algo que sin la intervención de los Tribunales no podría conseguirse, evitando a sus titulares tener que pretender jurisdiccionalmente la definición y protección de sus derechos y colocando a sus destinatarios en la precisión de hacerlo ellos si quieren que los suyos sean definidos y protegidos, así como por el carácter estrictamente posesorio de que gozan, constitutivas en esencia de una auténtica acción interdictal actuada y decidida por la propia autoridad de las Corporaciones Locales, por la que no se prejuzga cuestión alguna de propiedad, que podrá no obstante plantearse después judicialmente, ha sido constante y reiterada en exigir para su válido ejercicio, por una parte, la existencia de una prueba suficiente, mas sin necesidad de que sea exhaustiva, que demuestre tal *posesión administrativa* o uso público, sin perjuicio de la verdadera naturaleza de la titularidad dominical, y por otra, la concurrencia de la condición de detentador en el administrado contra el que la actuación recuperatoria se dirija, de suerte que tales posesión o uso público hayan sido usurpados o perturbados por él, requisitos con o sin cuya concurrencia estará acomodado o no a Derecho el unilateral obrar de la Administración y, respectivamente, resultará obligado el mantenimiento o la anulación de los concretos actos en que se haya traducido» (el destacado me pertenece)³¹.

En este punto, indefectiblemente, debe volver a plantearse la distinción entre dominio natural y aquellos bienes afectos de destinación,

³¹ Sentencia de 4 de enero de 1991 (RJ 1991\559), que cita, a su vez, las SSTs de 9 de mayo de 1989 (RJ 1989\3853 y 4092), y éstas, por su parte, a las de 22 de noviembre de 1985 (RJ 1986\478), 8 de mayo y 31 de julio de 1986 (RJ 1986\3054 y RJ 1986\7063). Pueden mencionarse también las SS de 5 de marzo de 1980 (RJ 1980\2065), 13 de octubre de 1981 (1981\4141) y 3 de junio de 1985 (1985\3201). Y, mucho más anteriores, de las de 25 de enero, 22 de abril y 18 junio de 1968 (RJ 1968\1117, 2235 y 3285), 20 y 29 de marzo y 5 de diciembre de 1969 (RJ 1969\1713, 2372 y 5655) y 27 de enero y 4 de julio de 1970 (RJ 1970\230 y 3454). En muchas de ellas se refiere expresamente la posesión administrativa, tal y como se ha subrayado en el texto, como presupuesto del procedimiento administrativo «interdictal».

más que artificial, específica. Para los integrantes del primero, el requisito se cumpliría, por razón de su natural ostensibilidad; para los segundos, debe aportarse, y constar en el expediente, prueba suficiente no de la afectación, cuya formalidad puede, como es en algún modo frecuente, no haber terminado concretándose en los hechos, sino de ese uso o destino público al que atiende. Si es así, puede decirse que la posesión administrativa, en cuanto tal existe, con una fisonomía propia, en la que el *corpus* se traduce en la materialidad del objeto público de afectación, mientras que el *animus*, si se ve, salvando mil distancias, es en la intención indubitable del ente competente de disponer, primero, y mantener, vigilante después, el bien acorde a su destino. El expediente de recuperación posesoria protegería sólo y exclusivamente, una vez librado el eventual aunque muy probable impedimento de la publicidad registral (cfr. arts. 1 y 38 LH) —que, si lo es, es por la dimensión posesoria con la que el principio registral de legitimación se diseña en el ordenamiento español, con antecedentes en el sistema suizo—, ese derecho de posesión (*ius possessionis*) de naturaleza patrimonial y pública, nacido al amparo de un estado de hecho (*factum possessionis*) representado por la efectiva, que no necesariamente consumada, afectación. Ni siquiera para los bienes demaniales podría ejercitarse la potestad sin la aplicación efectiva de la noción; la afectación, en definitiva su demanialidad, se exigiría pública al tiempo del despojo o usurpación, aunque luego el procedimiento de autotutela pueda impetrarse después del año de ocurrido el acto desposesorio. Por el medio se articularía la defensa de una clase de posesión, la administrativa, cuya mentada especialidad se cifraría en su no constricción al plazo anual de ejercicio.

Al hilo de esto, cabe recordar con MARIENHOFF que para que la afectación surta sus efectos el bien o cosa debe hallarse librado al uso público en forma efectiva y actual. «Ello es fácilmente explicable y comprensible, pues si no hay uso público efectivo y actual, falta uno de los elementos esenciales integrantes de la noción de dominicalidad: el teleológico o finalista. La dominialidad deriva del *uso público*. Por eso resulta exacta —y cita— la observación de LAURENT, según el cual someter al régimen del dominio público una cosa sobre la que el uso público aún no se efectúa, implicaría hacer que el *efecto* preceda a la *causa*, lo que es inconcebible»³². El criterio, sin embargo, únicamente lo refiere «a los bienes “artificiales” declarados públicos, pero no comprende a los bienes “naturales” declarados públicos», dado que respecto de estos últimos la atribución de su carácter dominial implica simultánea o au-

³² MARIENHOFF, *ob. cit.*, § 1745, pág. 196.

tomática afectación; trátase de una afectación *ministerio legis* que no requiere acto administrativo alguno que la complemente o integre»³³.

Bien mirado late algo similar tras la noción de *l'aménagement spécial* acuñada en el seno de la doctrina francesa, «que no es más que una adecuación específica del bien, a nivel material, al servicio o uso público al que va a destinarse»³⁴. Se trata de un concepto, señala FRANCH I SAGUER, que no parece ajustarse exactamente a ningún término jurídico propio de nuestro ordenamiento³⁵. La autora, no obstante, logra trasladar su significado al transcribir parte de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, donde, luego de subrayar que, tratándose del dominio público, el criterio determinante consiste en la afectación o vinculación al servicio público; «a tal efecto puede aludirse, como nota básica, a la necesidad de que exista una relación de inmediatividad respecto a la actividad administrativa de tal forma que el ente titular consiga sus fines mediante la construcción, adaptación y conservación del bien, y que así se convierta en objeto directo de su actividad administrativa o que el bien esté afectado a un servicio esencialmente y juegue un papel importante»³⁶.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. FRANCH I SAGUER, «Imbricación del dominio público y privado», en el núm. 139 de esta REVISTA (1996), pág. 435. Con amplísima cita de fuentes, BARCELONA LLOP expone cómo fue el proceso de gestación del concepto: «girando la afectación sobre los conceptos de uso y servicio público, si bien el primero no se consolida hasta los años treinta, en un momento dado deja de aparecer como el único elemento a considerar en la determinación de la demanialidad. En efecto, progresivamente fue perfilándose un criterio adicional que acabó por instalarse de manera definitiva en el régimen jurídico del dominio público. LATOURNERIE en su condición de Comisario del Gobierno, alguna aislada decisión de la jurisdicción administrativa y WALINE en sede doctrinal, habían ido trazando un camino que la Comisión de Reforma del Código Civil amojonó en 1947 al afirmar que, para predicar su demanialidad, y siempre salvo disposición legal en contrario, los bienes de servicio público debían estar adaptados exclusiva o esencialmente a las finalidades particulares del servicio; la afectación pura y simple no era así suficiente, al menos para los bienes mencionados. La idea causó pronto mella en alguna jurisprudencia civil y administrativa, para hacer cumbre en el importante *arrêt Société Béton*, de 19 de octubre de 1956, en el que por vez primera el Consejo de Estado acoge de manera expresa la noción de *aménagement spécial* en relación con los bienes afectados a un servicio público, acogimiento extendido, desde el asunto *Berthier*, de 22 de abril de 1960, a los bienes de uso público. De este modo, se incrustó en el seno del criterio de la demanialidad una regla que, nótese bien, nace con pretensiones restrictivas. Si la afectación no es suficiente para determinar que un bien es de dominio público sino que hace falta para ello algo más, la consecuencia lógica parece ser la de una mayor continencia a la hora de afirmar la demanialidad de un bien en particular» («Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia», en el núm. 137 de esta REVISTA [1995], págs. 553-554). A continuación da noticia de la aplicación, verdaderamente dispar, que la fórmula ha tenido hasta nuestros días.

³⁵ Ídem, pág. 424, n. 23.

³⁶ «Afectación y desafectación de los bienes y derechos públicos», en DE REINA TARTIÈRE (coord.), *ob. cit.*, págs. 212-213. La referencia de la sentencia, por supuesto de la Sala Tercera, es RJ 19856505.