

CINCUENTENARIO DE UN CLÁSICO DE LA HISTORIA DE LOS DOGMAS JURÍDICOS: “DOS ESTUDIOS SOBRE LA USUCAPIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO” DE EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Alejandro Vergara Blanco

*Profesor de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica de Chile*

Eduardo García de Enterría, en 1955, publicó en la colección “Estudios de Administración” del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, el volumen *Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo*. Mediante esta breve reseña, le deseamos rendir un merecido homenaje al insigne autor, pues dicho volumen ya debemos considerarlo un verdadero y propio clásico de la historia de los dogmas del derecho administrativo.

1. CINCUENTA AÑOS DE UN CLÁSICO

El autor construye su teorización con una delicada metodología histórico-dogmática, que fue recibida con un inusitado entusiasmo desde un inicio, curiosamente primero por la dogmática civilista (F. de Castro, L. Díez-Picazo, J. Vallet de Goytisolo); en especial F. de Castro, para quien, al reseñarla el mismo

año de su aparición, “*este libro (es) una prueba concluyente de la excelencia del método histórico (...); sin vacilaciones, puede recomendarse como lo mejor que modernamente se ha escrito sobre este tema*”¹.

Es que las dos perspectivas del valioso aporte de García de Enterría, teórica y metodológica, no han perdido actualidad; lo demuestran sucesivas reediciones (2ª edición: Madrid, Tecnos, 1974, 165 pp.; 3ª edición: Madrid, Civitas, 1998, 170 pp.), y la utilidad manifiesta que sigue prestando a los autores de derecho administrativo en todo trabajo histórico dogmático, y en especial en las más actuales teorizaciones sobre la concesión; en especial de la concesión vinculada al uso de los bienes públicos. En el caso de quien escribe estas líneas, la gratitud con dicho autor surge a raíz de una deuda intelectual innegable: se inicia en las reconstrucciones intentadas, bajo la guía de Francisco González Navarro², en nuestra

1 En: *Anuario de Derecho Civil* (1955), p. 254.

2 Fue precisamente GONZÁLEZ NAVARRO quien me “inició” en la valoración de la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA. Él, con la generosidad que lo caracteriza y que todos reconocemos, apenas había pisado yo suelo español, a fines de la década del ochenta, en la primera entrevista con él como mi profesor-guía de tesis doctoral, me espetó:

– Vergara, ¿ha leído usted a García de Enterría?

– Sí, algunas de sus cosas, le respondí.

– ¿Ha leído usted el *Curso* que ha publicado en conjunto con Tomás-Ramón Fernández? Es, verdaderamente, la *summa* del actual derecho administrativo español.

Tuve que reconocer hidalgamente que no lo había leído sino parcialmente. A lo cual me “recomendó”:

tesis doctoral³ y en nuestros trabajos posteriores sobre derecho de aguas, derecho de bienes públicos, y en general de derecho administrativo⁴. Incluso, en el más reciente e interesante aporte dogmático a la teoría de los bienes públicos del derecho administrativo español, de Elisa Moreu Carbonell⁵, hay notoriamente una continuidad metodológica; si bien teóricamente ella sigue otros derroteros, no menos originales que los del maestro.

Lo que postula nuestro autor, en el prólogo de este bello libro, es “*un uso sistemático del método histórico*”, agregando que “[s]ólo el campo totalizador de la historia puede ilustrarnos sobre la efectiva función política y social de las instituciones, y es ésta, su nervio y su sustancia” (pp. 11-12)⁶. A su juicio “*el fundente que la conciencia histórica de nuestro tiempo ha aplicado con éxito a tantas ricas construcciones debe ser ensayado con urgencia sobre el derecho administrativo*” (p. 19).

Pero esta utilización del método histórico no es para nuestro autor “*la erudición pin-*

toresca y anecdótica con que frecuentemente se nos abrumba” (p. 13), sino un método que permitirá al jurista descubrir pervivencias históricas “*enquistadas*”, “*residuos*”, verdaderos “*mitos jurídicos*” (p. 21).

Con posterioridad nuestro autor ofreció su serie histórica relativa a la revolución francesa y su estrecha vinculación al nacimiento de la disciplina del derecho administrativo⁷. Pero, debió reconocer, en 1981, que la ocupación a la historia de las ideas o dogmas jurídicos “*es uno de los placeres intelectuales más refinados y gratificantes*”, lamentando que, al final, “*mi especialización de jurista positivo, y no de historiador del derecho, ha concluido por desplazar aquella inclinación*”⁸. No obstante ello, todos hemos celebrado que nuestro autor ha “*reincidido*” felizmente en sus estudios histórico-dogmáticos, para ofrecer en 1994 una reconstrucción más amplia sobre el derecho público tras la Revolución Francesa⁹.

En las líneas que siguen realizo un breve resumen de las principales ideas del volu-

Continuación nota ²

– Lea usted despacio ambos tomos, y sólo una vez que haya terminado podremos nosotros conversar de su tesis doctoral, y de su tema...

Esa fue entonces mi primera lectura, íntegra, del *Curso*. Debo agregar que esta lectura fue recomendada por González Navarro, a pesar de ser él mismo autor de su *Derecho Administrativo Español*, 3 tomos. Además, como señalo en el texto, luego se agregaría a la “*recomendación*” casi la obra íntegra de García de Enterría, de lo cual hay prueba notoria en la versión definitiva de mi tesis doctoral.

3 Véase cómo seguimos al maestro en nuestro: VERGARA (1992): *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 433 pp.; en especial pp. 25 y ss., en la metodología de trabajo, en que sigo sus “*Dos estudios...*”.

4 Nueva muestra de deuda intelectual, en especial del trabajo al que rendimos homenaje, en: VERGARA (1998): *Derecho de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 2 tomos; lo pertinente en tomo 1, pp. 55-58.

5 Vid. su: Moreu (2001): *Minas. Régimen jurídico de las actividades extractivas* (Valencia, Tirant lo Blanch) 453 pp.; lo pertinente en pp. 162 y ss. Véase asimismo nuestra recensión en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* vol. V N° 1 (2003) pp. 217-223, y en: *Revista de Administración Pública* N° 163 (2004), pp. 574- 582.

6 Cito según su edición de 1974.

7 Véase su: *Revolución Francesa y administración contemporánea* (Madrid, Taurus, 1ª. ed., 1972; 2ª. ed., 1981, reimpresiones 1984, 1986; 4ª y última ed., Civitas, 2005). Traducción francesa (de Franck Moderne): *Revolución Francesa et administration contemporaine* (Paris, Economica, 1993), 119 pp. Véase nuestra recensión en: *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, XVIII (1996) pp. 608-611.

8 En su: *Revolución Francesa*, en ed. cit. de 1986, prólogo, p. 10.

9 Véase su: *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa* (Madrid, Alianza, 1ª. ed. 1994, reimpresiones en 1999, 2001) 226 pp. Además en Civitas, 2001, 224 pp.

men, que sobre dos “*mitos*” jurídicos desarrolla el autor: la institución de la reversión de concesiones; y la (im)prescriptibilidad de los bienes públicos.

2. EL DOGMA DE LA REVERSIÓN DE CONCESIONES

Estudia, en primer lugar, la posesión inmemorial (de 100 años), cuyo “campo de aplicación propio es precisamente –y por paradoja– el de los derechos imprescriptibles” (p. 29). Parte afirmando que en el derecho histórico: “ha existido una aplicación constante y sistemática de la posesión inmemorial en su terreno propio, mencionando las cosas imprescriptibles y las regalías” (p. 32). Es el punto de partida de su análisis histórico.

Analiza en el Fuero Juzgo y en las Partidas las regalías y cosas públicas como imprescriptibles. Luego expone cómo la cláusula de la reversión es una reserva frente a la inmemorial. Expone textos históricos en que se acepta la aplicación de la posesión inmemorial o centenaria (entre otros casos: a cosas eclesiásticas, p. 36; señoríos, p. 36; privilegios de franquicia y exención, p. 39; mayorazgos, (p. 41); *regalías* (p. 39); y a *cosas públicas* (p. 39).

Señala que “en el antiguo derecho la posesión inmemorial o de cien años legitima con presunción indestructible de privilegio la titularidad definitiva de cualquier particular sobre esta materia pública, ordinariamente atributo de la soberanía: regalías, franquicias, se-

ñoríos, cosas públicas, vinculaciones” (p. 44). De frente a esto, “la cláusula de la reversión, establecida precisamente para ser efectiva a los noventa y nueve años, tiene por objeto impedir que las cesiones reales o *privilegia principis* otorgados a los particulares puedan llegar a implicar una pérdida definitiva del patrimonio jurídico del soberano” (p. 44). Concluye así que “la cláusula de reversión es, pues, una reserva defensiva frente al juego de la prescripción inmemorial” (p. 44).

En seguida, ofrece un estudio de la “*lex fundamentalis*” de inalienabilidad de los derechos mayestáticos como fundamento de la reversión (pp. 45 y ss.). Recuerda que en la época de los Reyes, se intentaba “no perder definitivamente porciones de su soberanía”; pero recuerda que en la época tal soberanía no era, como es hoy, una “posesión general y abstracta de superioridad, capaz de instrumentar a su favor toda clase de contenidos y potestades”, sino “un conjunto limitado y tasado de derechos concretos” (derechos preeminentes del Príncipe, “*pouvoirs*”, “regalías”: p. 46).

Juega, entonces, según nuestro autor, un principio fundamental, “que como tal se sobrepone incluso al interés y a la propia potestad del Rey” (p. 46): el principio de la inalienabilidad de los derechos mayestáticos. Y estudia detenidamente su consagración en Francia (pp. 47-48); y en el derecho histórico español (pp. 48-54)¹⁰.

Examina igualmente con detención la cláusula de reversión como garantía de la ina-

10 Señala que en Francia: “desde los grandes juristas del antiguo régimen a los administrativistas contemporáneos, (...) ven en ese dogma antiguo [la inalienabilidad de los derechos mayestáticos] el origen del postulado de la inalienabilidad en el actual dominio público” (p.47). Señala su aplicación al *dominio de la Corona*. Vincula la instauración de la regla de la inalienabilidad con la institucionalización de la *unidad política* del Reyno (que da lugar a la famosa Ordenanza de *Moulins*, de 1566, que es calificada como “*sacrosanta lex quae reges ipsos obstringit*”). Revisa el desenvolvimiento histórico del “proceso de institucionalización objetiva del Reyno (...), como reacción frente a la disposición patrimonialista por parte del Monarca” (p. 49), a través de diferentes textos. Concluye, en este análisis, que la regla de la inalienabilidad (además de ser armónica con la institucionalización del Reino, como opuesta a una concepción patrimonialista), tiene un “*fundamento real*”, según el autor: “en el interés de los súbditos juega una motivación económica” (p. 53), que se mantengan las fuentes de rentas reales, para evitar nuevos tributos, y no “*echarles muchos pechos e de fácelles otros agravamientos*” (según las Partidas).

alienabilidad (pp. 55 y ss.), afirmando que esta cláusula existió en el derecho histórico, “con la que el Rey trata de evitar la pérdida de los derechos propios que ha concedido, y contrarrestarlos con la regla de la inalienabilidad”; como una condición resolutoria o de revocación: prohibición de disponer del derecho civil¹¹.

Analiza en seguida la cláusula de la reversión en la formación del concepto moderno de concesión¹², la transformación política y desaparición de la inmemorial¹³; en fin, dicha cláusula de reversión en la *crisis de la concesión*: “No cumpliendo ya sus fines políticos, la reversión (...),

ha jugado sin duda un papel decisivo en la crisis actual de la concesión administrativa”. (p. 75)

“La paradoja se explica por el hecho de que la inmutabilidad de la cláusula de reversión no ha correspondido a la alteración profunda de los supuestos políticos y jurídicos que sostienen a la figura de la concesión” (p. 75). Su aserto es ineludible: “*Un mismo remedio –y la reversión fue en su origen un remedio drástico– puede sanar o matar al mismo individuo, según el momento o la oportunidad*” (p. 75)¹⁴.

Termina su trabajo de reconstrucción institucional de la concesión, mostrando la verdadera depuración del mito reversional que

11 En su reconstrucción histórica comprueba cómo esta “cláusula de restitución”, está presente en todas las cesiones reales, es tácita y está afectada de dos limitaciones: no perjuicio económico de tercero y riesgo de consolidación definitiva por obra de la posesión inmemorial. (pp. 56-57). Analiza latamente la cláusula de la reversión, que impide la inmemorial: en el derecho antiguo (por la vida del Rey), p. 59; en caso de exceder la vida del rey, p. 59; dos vidas, p. 60; 99 años como reserva de soberanía en el Derecho internacional, p. 61; y su aplicación a las concesiones administrativas (pp.65 y ss.).

Explica cómo el plazo reversional de 99 años pasa del derecho internacional al derecho administrativo, que lo adopta en materia de *concesiones administrativas* (p. 65). Al respecto, dice: “ (...) El instituto de la concesión jugó económicamente, (...) como un medio de atracción de capitales extranjeros en volúmenes considerables; la cláusula de reversión como reserva de soberanía pudo tener entonces un matiz político consciente de este aspecto internacional de nuestras grandes concesiones, equiparable, por tanto, en un cierto modo, a las reservas propias del Derecho Internacional” (p. 66). “Hay una excepción única al dogma de la reversión concesional (...), 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” (p. 66). “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” (p. 67). [en Francia son llamados “*pétits domaines*”].

12 Dice el autor que “en su origen la cláusula de reversión ha jugado como determinante de la transformación de las antiguas cesiones señoriales (...), a la moderna concesión administrativa, en la cual la cesión de funciones públicas no implica ya una franquicia definitiva respecto del poder concedente, sino una mera cesión de la gestión sin pérdida por la Administración de la titularidad última. La reserva de una consolidación final de esta titularidad contribuye a la conformación de la institución concesional como un *precarium*” (p. 69). “De aquí la posibilidad de convertir estas daciones regalísticas, desde meros beneficios personales de los concesionarios en instrumentos al servicio de los fines públicos que la titularidad de la Administración representa” (p. 69). Termina diciendo: “En este sentido la cláusula reversional es una pieza decisiva para la formación del concepto moderno de concesión” (p. 70).

13 La posesión inmemorial desaparece hoy, pues, a su juicio, “*los derechos soberanos ya no son regalías, potestades concretas, determinadas, sino contenido instrumental de una posición general y abstracta de superioridad en que la soberanía consiste, a partir de la forma política, en desarrollo progresivo del Estado moderno. Esta simple observación coloca ya definitivamente fuera de todo comercio privado el Poder Público, (...), en cuanto la soberanía (...) centraliza (...) todas las prerrogativas públicas*” (p. 71). “Esta nueva realidad por sí sola transforma en esencia todo el sentido de la concesión, invirtiendo su planteamiento clásico: todo ejercicio privado de una función pública, de una prerrogativa de superioridad, de un uso exclusivo de un bien público, requiere una legitimación positiva de la Administración, en nombre de la cual solamente puede actuarse” (p. 72).

14 Afirma que “el influjo destructivo de la cláusula reversional ha venido, sobre todo, del hecho de que se oponía sustancialmente a la necesidad económica de la amortización, necesidad insoslayable en las concesiones modernas de servicios públicos, cuya gestión exige un establecimiento industrial de cierto volumen (...)” p. 75. Se refiere así a las necesidades financieras, pues las concesiones requieren un activo industrial importante. Señala: “El mecanismo reversional revela aquí de nuevo, en el neutral plano económico, su arcaísmo” (p. 76).

se produce: de cláusula política a cláusula económica, ya que junto con la crisis de las concesiones clásicas, surgen nuevas formas de concesión: “Las fórmulas de la política económica y social contemporánea han encontrado en el viejo concepto un instrumento capital” (p. 77), y “reconstruyendo la pieza con arreglo de los principios y a las necesidades nuevas (...), el esquema clásico de la concesión administrativa puede y debe ser salvado” (p. 77).

3. SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO

Parte el autor señalando que no sería prácticamente posible construir la imprescriptibilidad “como una carga real perpetua que afectase a una cosa singular por y durante toda su existencia física” (p. 94). Y este aserto es el que intentará probar en su trabajo.

Según nuestro autor “toda la institución del derecho público gira, como es sabido, sobre un *criterium* esencial: la llamada *afectación*, destinación, destino, de las cosas particulares que integran sus dependencias” (p. 95)¹⁵. Así, concluye que cuando una cosa pierde la *publicatio* o *afectación*, es susceptible de comerciabilidad ordinaria, y por ende de ser objeto de una prescripción en los términos comunes (p. 96).

Analiza cómo se produce la “*afectación/desafectación*”: ¿mediante un acto formal? Concluye que histórica, positiva y doctrinalmente resulta favorable la tesis de la *afectación* y *desafectación* tácitas¹⁶. En seguida, el autor intenta responder la siguiente pregunta: la ocupación abusiva de un particular sobre el *demanio*, ¿implica en algún momento la *desafectación* tácita? Lo cual, por lo tanto determina “la cesación de la *demanialidad* de la cosa de que se trate” (p. 105)¹⁷.

15 Agrega que: “(...) esta *afectación* es precisamente a la utilidad pública que la Administración directamente representa y gestiona” (p. 95). “Una cosa ingresa en el dominio público en cuanto queda afectada a esta utilidad; cesa en cuanto tal *afectación* termina” (ídem.). Cita los arts. 339, 340 y 341 del Código Civil español. Dice: “En estos mismos términos la institución fue configurada ya en el Derecho Romano, sobre el concepto de *publicatio* o *dicatio ad populum*” (p. 95). Rigurosamente, afirma (con amplia cita de autores), “la *afectación* o *publicatio* explica, justifica y mide el conjunto íntegro de las particularidades dogmáticas del d. P., y entre ellas las fundamentales de su inalienabilidad y su imprescriptibilidad” (p. 95).

16 Revisa: el derecho romano (pp. 96-98), en que se produce “por el hecho simple de la destinación de las [cosas] al uso público”/ La “apertura al público” era un modo normal de *afectación*. En derecho intermedio (pp. 98-100), por el “hecho” de que las cosas están en el uso público, están afectadas; por lo tanto, no son susceptibles de posesión individual, requisito primero de la prescripción (p. 99). Según el autor, hay “singularidades que en esta época presenta la institución del *demanio*” (p. 98). Relaciona, siguiendo a GIERKE, el problema de la personalidad de los entes sociales con el desarrollo del dominio público. Señala: “No reconocida la personalidad jurídica del grupo se carece de arbitrio técnico para imputar a éste la titularidad de las cosas de uso público, que es el primer requisito dogmático del *demanio* en cuanto propiedad” (p. 98). Indica que “los legistas someten a violencia los textos romanos relativos a las *res in uso publica*; y que en el principio de atribución de estas cosas al *populus Romanus* creen encontrar, equívocamente, el paralelo con la concepción asociacionista de los entes públicos” (p. 99). En la actualidad (pp. 100-104), en que la “*afectación/desafectación*” se produce por los simples hechos, sin exigencias de declaraciones formales.

17 Esto es, según el autor, “el resquicio dogmático de la teoría del dominio público; por donde sería posible introducir el aserto paradójico de su prescriptibilidad” (p. 106). Pasa revista a la doctrina francesa, italiana, alemana y española, en que se acepta ya sea como “*degradación*” (Proudhon), o como abandono, una conversión jurídica en que un particular gana por prescripción un bien del dominio público. Pero establece una excepción al aserto general de *desafectación* tácita del dominio público. Por la expropiación posesoria de un particular: el caso del equívocamente llamado dominio público natural o “*por naturaleza*” (p. 117). Lo define así: “se trata de dependencias del dominio público cuya *afectación* está definida por modo general en la ley con relación a determinadas circunstancias físicas o naturales, y sin necesidad, por tanto, de declaraciones singulares de *afectación* para cada caso” (p. 117). Da ejemplos: las aguas litorales, la zona marítimo-terrestre, las aguas públicas terrestres y sus álveos y riberas. Da un argumento lógico: “la consecuencia indeclinable es que la *afectación* está presente en tanto en cuanto sea posible predicar de una cosa las determinaciones físicas que la ley ha considerado” (p. 117). La única posibilidad que la *afectación* cese “en cuanto se alteren las condiciones físicas determinantes”, esto es, “por alterar de hecho las circunstancias físicas” (p. 118). Es la “*degradación*” de Proudhon.

Se refiere a los fundamentos de esta prescripción inevitable (dado que desafectada tácitamente una dependencia del dominio público, operará la usucapión), a la necesidad de fijar un plazo para ello, revisando, en fin, el ámbito de la imprescriptibilidad del dominio público. En relación con la titularidad del dominio público, señala que “el particular no puede nunca ganarlo en cuanto tal; en otros términos: “la titularidad del dominio público pertenece necesariamente a la Administración, y en ningún caso puede llegar a ostentarla un particular” (p. 134)¹⁸.

Termina refiriéndose a la protección del dominio público, y señala que la protección de la integridad del dominio público, finalidad a que tan enérgicamente se dirige el dogma de la imprescriptibilidad, debe ser buscada, con abandono de esta vía directa y simplista, a través de procedimientos oblicuos, si han

de ser eficaces (p. 138). Se refiere a una estéril “fe en ese dogma quimérico de la identidad perpetua de las cosas públicas” (id.).

Termina el estudio proponiendo modos prácticos para la “reintegración” por la Administración, del dominio público perturbado.

4. EPÍLOGO

He dejado hablar a nuestro autor, repasando este clásico. No es el momento de reparar críticamente, de modo positivo, por lo demás, esta excelente pieza cincuentenaria de nuestra literatura de derecho administrativo; sino es el momento de rendirnos ante ella como un homenaje más a su autor que tanto debemos, y propiciar que otros (parafraseando a García de Enterría), experimenten con su lectura un “placer intelectual de los más refinados y gratificantes”.

18 Analiza la situación en la Edad Media, y aun la época inmediatamente anterior al constitucionalismo, en que era plenamente posible que un particular ostentara personalmente una titularidad pública o regaliana (privilegios reales traslativos sobre ríos u otras cosas): “El régimen administrativo ha acabado absolutamente con esa posibilidad. El principio de igualdad, y su correlativo de la centralización de prerrogativas y funciones públicas en el poder, impone la pertenencia exclusiva y necesaria a la Administración de este tipo de titularidades. El dominio público es una de ellas. Decir que la titularidad del demanio es inasequible para el particular es, por consiguiente, la primera e indiscutible aplicación del principio de imprescriptibilidad” (pp. 134-135). Agrega: “si bien se observa, el instituto de la imprescriptibilidad no es necesario para explicar esa particularidad del dominio público. Bastaría exponer que el dominio público es instrumento y contenido de una función pública para obtener inmediatamente la consecuencia de su inaccesibilidad a los particulares, dada la posición jurídica de que éstos participan en el régimen administrativo. Desde esta perspectiva, el principio de la imprescriptibilidad es en su enunciado tradicional un residuo histórico inoperante, una innecesaria medida defensiva” (p. 135).