

AFECTACIÓN, DESAFECTACIÓN Y MUTACIONES DEMANIALES¹

Jaime Rodríguez-Arana²

RESUMEN: El autor expone sobre el régimen de los bienes públicos en España, partiendo desde una base constitucional y en especial desde una finalidad clara que no ha de perderse: el interés general.

El estudio de la afectación, desafectación y de las mutaciones demaniales permite ver una dimensión del derecho de los bienes públicos ligada a una versión del Derecho Administrativo que pone énfasis en la regulación del servicio objetivo al interés general.

El legislador, al buscar que las desafectaciones sean siempre expresas, manifiesta un sentido de realismo escaso que hará imposible su deseo de que todos los bienes públicos demaniales se ordenen a su finalidad. La realidad muestra hasta qué punto es necesario y aconsejable dotar a la regulación jurídica de las instituciones y conceptos del Derecho Administrativo del sentido instrumental que tiene por esencia.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio y análisis de los bienes públicos pone de manifiesto algo que para mí es capital: que todas las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo han de ser contempladas, en su dimensión constitucional, desde la atalaya del artículo 103 de la Constitución, desde la consideración central del servicio objetivo al interés general.

Sabemos que la Administración pública actúa unilateralmente, mediante actos administrativos, y también, bilateralmente, a través de contratos. Sabemos que la Administración pública dispone de todo un conjunto de potestades que le permiten cumplir esa función de servicio objetivo al interés general desde la que adquiere legitimidad y justificación

jurídica. Y también sabemos que para el cumplimiento de esos fines de interés general, la Administración cuenta con bienes de su propiedad que, ordinariamente, la acompañan para la mejor prestación de los servicios públicos o para la mejor realización de obras públicas.

Los bienes públicos, bien sean patrimoniales, bien sean demaniales, están vinculados al interés general. Es decir, la afectación como institución o técnica jurídica, aunque estrictamente se predique sólo de los bienes demaniales, en sentido amplio también ha de proyectarse sobre los bienes patrimoniales. ¿O es que los bienes patrimoniales no están vinculados al interés general? Claro que lo están, pues de lo contrario no podrían teóricamente tener la condición de bienes públicos. Y para explicar esta vinculación general y especial de los bie-

1 Texto de la intervención en el curso "Patrimonio de las Administraciones Públicas" organizado por el Instituto García Oviedo en colaboración con el Instituto Andaluz de Administración Pública el 11 de mayo de 2006.

2 Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de La Coruña, España.

nes públicos, aparece la institución de la afectación, que estudiaremos desde esta perspectiva. Analizaremos sus diferentes modalidades y los principales problemas que plantea su régimen jurídico.

Trataremos también sobre la técnica de sentido opuesto, la desafectación, también desde una perspectiva general y, lógicamente, como la afectación, desde la vigente ley de patrimonio de las Administraciones públicas de 3 de noviembre de 2003. Se estudiará la problemática de la prohibición de las desafectaciones tácitas, algo que, como veremos, será de muy difícil cumplimiento porque la realidad es la que es y, sobre todo, la fuerza de la vinculación de los bienes al servicio público o al uso general condiciona todo su régimen jurídico.

También tendremos ocasión de analizar las mutaciones demaniales así como las afectaciones concurrentes. Fundamentalmente, este trabajo parte del análisis de los preceptos de la ley de 2003, por lo que las referencias a la legislación autonómica y local serán breves, haciendo la observación de que las Comunidades Autónomas y los Entes locales tienen su propio patrimonio público también, obviamente, destinado, en potencia y en acto, a cumplir de la mejor forma posible los fines de interés general autonómicos o locales de cada Administración.

Para terminar, se incorporan unos breves comentarios de jurisprudencia que, en mi opinión, pueden ayudar a comprender el sentido de unas instituciones: afectación, desafectación y mutación demanial, que están, o deben estar, permanentemente basculando sobre el mejor servicio objetivo al interés general.

II. BIENES PÚBLICOS Y DERECHO ADMINISTRATIVO

La reciente ley de patrimonio de las Administraciones públicas, de 3 de noviembre de 2003, utiliza la denominación bienes pú-

blicos para referirse a los bienes de que dispone la Administración para el cumplimiento de sus fines de interés general. Si partimos de la idea de que el Derecho Administrativo es el Derecho del servicio objetivo al interés general, según la feliz expresión del artículo 103 de la Constitución, resulta que los bienes públicos son medios puestos a disposición de las Administraciones públicas para cumplir su finalidad constitucional: el servicio objetivo al interés general.

Las Administraciones públicas son titulares de bienes que, por prescripción constitucional, están destinados al interés general. Este es el presupuesto del que, en mi opinión, debe partirse a la hora de aproximarse a cualquiera cuestión relativa al régimen jurídico de los bienes públicos, sean de dominio público, sean patrimoniales; en ambos casos la vinculación al interés general forma parte integrante de su configuración esencial.

Siendo la finalidad eminentemente pública, el destino de los bienes demaniales y de los patrimoniales es diferente. En el primer caso, están vinculados *ex lege* al uso general o al servicio público. En el segundo, tal y como dispone la ley, se encuentran naturalmente destinados a la obtención de ingresos derivados de su explotación, salvo aquellos que no sean susceptibles de explotación, en cuyo caso habrán de someterse a la correspondiente enajenación. Pero en los dos casos, insisto, se trata de bienes públicos cuyo sentido se encuentra en su especial idoneidad para alcanzar los fines de interés general que la Constitución encomienda a la Administración pública, sea nacional, autonómica o local.

Esta consideración de propiedades finalistas que tienen los bienes públicos subrayan la idea de un Derecho Administrativo entendido como un Ordenamiento jurídico dirigido a la mejor gestión del interés general o, si se quiere, como un Derecho que regula la función de servicio objetivo al interés general. Es decir, los bienes públicos, en cuanto que son

de titularidad pública, de la Administración pública, están esencialmente destinados a seguir la suerte de la propia Administración en la medida en que están incardinados en su propia naturaleza, pues constituyen los medios propios de los que ordinariamente se vale la Administración para el cumplimiento de su tarea constitucional de servicio objetivo al interés general.

Si esto es así, si los bienes públicos, demaniales y patrimoniales, están vinculados al interés general, entonces surge la pregunta sobre la naturaleza de la afectación, sobre la esencia de la afectación, cuestión que nos conduce directamente al tema de la centralidad de esta técnica jurídica denominada afectación.

III. LA AFECTACIÓN Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

Sobre esta cuestión, como sobre tantas otras, hay diferentes puntos de vista, diferentes aproximaciones que dependen, lógicamente, de la posición doctrinal desde la que se contemple la teoría general de los bienes públicos.

Si partimos de la idea de que la Administración pública es titular de diversas posiciones jurídicas patrimoniales como pueden ser derechos subjetivos de carácter real, de naturaleza crediticia o, también, obligaciones, podemos convenir en que no todos estos derechos u obligaciones son iguales, variando evidentemente su régimen jurídico. Es decir, desde el artículo 3.1 de la vigente ley, resulta que el patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos que, de acuerdo con el artículo 4, según el régimen jurídico al que están adscritos, pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales. La diferencia entre unos y otros, tratándose de bienes públicos, es de régimen jurídico. Diferencia que el propio legislador se encarga de ratificar por la vía de la descripción de unos y otros:

son demaniales los que siendo de titularidad pública se encuentren afectados al uso general o al servicio público o una ley les atribuya expresamente esta condición. Los patrimoniales son, sencillamente, los que siendo de titularidad pública, no tengan el carácter de patrimoniales (artículos 5.1 y 7.1 de la ley).

Por tanto, desde la letra de la ley puede decirse que los bienes patrimoniales son los bienes públicos no afectados a un uso general o servicio público. Se definen, pues, de manera residual: los no demaniales son los patrimoniales. Por tanto, el paso de bien patrimonial a demanial acontece en virtud de la llamada afectación que, desde la posición de Santamaría Pastor, es fundamentalmente una institución que permite el trasvase de bienes públicos patrimoniales a demaniales. En sentido contrario, la desafectación constituye la llave para el paso de bienes demaniales a bienes patrimoniales. Insisto, los bienes patrimoniales son bienes públicos y, por ello, destinados al interés general, pues no cabe concebir un bien de titularidad pública vinculado a intereses particulares. Por tanto, si entendemos que los bienes patrimoniales son bienes en transición a la demanialidad o en transición a la enajenación, comprenderemos que, en el primer caso, su vinculación al interés general será en potencia, mientras que esa vinculación se concretará a través de la afectación cuando, en efecto, se destinen a un uso general o servicio público y adquieran la condición de bienes de dominio público.

Frente a esta consideración instrumental de la afectación, es frecuente encontrar aproximaciones doctrinales que convierten a esta institución en el centro de atención del dominio público. García de Enterría ha señalado que la afectación es el criterio central del dominio público, Garrido Falla, por su parte, entendió que era el criterio medular para la determinación del dominio público. Para Clavero Arévalo, todas las causas que pueden implicar la pérdida o adquisición de la condición

de bien de dominio público residen en la cuestión de la afectación. Que la afectación sea considerada la piedra de toque de la demanialidad no quiere decir, a sensu contrario, que no pueda considerarse, desde el otro punto de vista, como la llave que abre la puerta del dominio público para los bienes patrimoniales cuando la Administración decide que éstos, que no olvidemos que son bienes de titularidad pública también, se destinen, en concreto, a un determinado uso general o a un determinado servicio público.

La crítica a la consideración central de la afectación, como ha puesto de relieve acertadamente Sánchez Blanco, parte de una supuesta ambigüedad y confusión como categoría jurídica, de una cierta ausencia de univocidad, de dificultades de delimitación conceptual en relación con figuras afines. En fin, según esta doctrina, la afectación es una explicación, la mejor posible, pero no la única, de la demanialidad. Por otra parte, algunos autores partidarios de reducir la centralidad de la afectación en relación con la demanialidad piensan que toma como punto de referencia una heterogeneidad de bienes que extienden en demasía el ámbito del dominio público y que comprometen la misma virtualidad del demanio. Desde esta perspectiva, Siorat señaló hace tiempo que la confusión y ambigüedad que acompaña, a su juicio, a esta técnica jurídica procede de que las obras que la estudian la tratan en capítulos distintos y en diferentes epígrafes al estudiar los bienes demaniales y los patrimoniales. Quizá por ello en España, Garrido Falla y González Berenguer llamaron la atención de que esta figura jurídica no es privativa de los bienes de dominio público, puesto que existe para el dominio privado de la Administración pública también una cierta afectación, aunque, evidentemente, de grado menor puesto que no se puede olvidar que estos bienes igualmente son de titularidad pública y que, por ello, están vinculados al interés general, si bien sea, como señalamos antes, en potencia.

En este sentido, Santamaría Pastor sostiene que el fin a que debe servir cada bien público es sustancialmente distinto a la afectación, que como la desafectación, constituyen los pasos recíprocos entre la demanialidad y la patrimonialidad, si es que se pueden utilizar así estos términos.

La doctrina también ha llamado la atención sobre el peligro que presenta la afectación como criterio orientador del dominio público concretado en la excesiva extensión de la demanialidad (García de Enterría y Garrido Falla). En esta dirección, García-Tervijano Fos señaló que el desproporcionado número de bienes de dominio público implica que el dominio privado de la Administración queda reducido a pequeñas parcelas carentes de importancia.

En cualquier caso, la titularidad pública de los bienes es requisito previo y necesario para que opere la afectación que, como señala Villar Palasí, permite a la Administración pública el ejercicio de un conjunto de potestades exorbitantes justificadas precisamente en que la afectación destina per se al bien público de que se trate a un determinado uso público o a un concreto servicio público. Una vez producida la afectación, entonces la titularidad pasa a un segundo plano y entran en escena los poderes de uso y disposición que la Administración pública tiene sobre los bienes de dominio público.

Sánchez Blanco, que ha estudiado a fondo la institución, certifica una cierta crisis de la figura, sea por razones institucionales, por la emergencia de nuevas Administraciones o por circunstancias económico-sociales. De ahí que postule, para evitar la desnaturalización del concepto del dominio público, el criterio de la función pública como aglutinante de los criterios determinantes de la afectación de los bienes al dominio público, relativizando así posiciones doctrinales a veces un poco rígidas.

Sea como fuere, la realidad normativa nos presenta la afectación en el artículo 65 de

la ley, al inicio del capítulo I del título III, bajo la significativa rúbrica de afectación de bienes y derechos patrimoniales al uso general o al servicio público:

“La afectación determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público, y su consiguiente integración en el dominio público”.

El precepto, pues, es bien claro y concluyente. Existe una previa y genérica vinculación de los bienes patrimoniales al interés general puesto que obviamente la titularidad pública reclama esta calificación. Se trata de una afectación potencial. La afectación real, o actual, si se quiere, concreta, determina, define, materializa o realiza esa vinculación genérica a un uso general o a un servicio público. La letra del artículo me parece que así lo sugiere. Finalmente, la afectación produce la entrada del bien patrimonial de que se trate en la demanialidad.

Por el contrario, el artículo 69 se refiere a la desafectación de bienes y derechos de dominio público en los siguientes términos:

“1. Los bienes y derechos demaniales perderán esa condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produzca su desafectación, por dejar de destinarse al uso general o al servicio público.

2. Salvo los supuestos previstos en la ley, la desafectación deberá realizarse siempre de forma expresa”.

Por tanto, las alteraciones que pueden experimentar los bienes en su concreto destino pueden calificarse, de acuerdo con Santamaría Pastor, en tres hipótesis. Primera, afectación: transformación del bien patrimonial en demanial por su destino concreto a un uso general o a un servicio público determinado. Segunda, mutación demanial: modificación del concreto fin de uso general o servicio público por otro de igual naturaleza. Y, en tercer lugar, desafectación: retirada del bien demanial del fin de uso general o de servicio público, pasando a la consideración de bien patrimo-

nial de dominio privado de la Administración, fin o cesación de la demanialidad.

La entrada en la demanialidad, consecuencia de la afectación, inicia el régimen jurídico del dominio público que supone, fundamentalmente, la atribución de un conjunto de potestades exorbitantes, corolario necesario del uso general o del servicio público al que necesariamente se adscribe el bien demanial. En realidad, la afectación es una institución cuya finalidad, como señala Castán Pérez-López, reside en optimizar la utilización y disposición de los bienes que se encuentran adscritos a un patrimonio público para poder darles un uso adecuado a las diferentes y variadas necesidades sociales. De hecho, quienes hemos ejercido cargos públicos bien sabemos que ante la eventualidad del establecimiento de un nuevo ente público suele echarse mano de los bienes patrimoniales con los que cuenta la Administración pública para adscribir a dicha actividad o servicio los bienes más adecuados a través de las correspondientes afectaciones, sean expresas o tácitas como veremos en unos momentos. Desde este punto de vista, la afectación abre el camino a la demanialidad del bien patrimonial y, consiguientemente, provoca una sustancial alteración de su régimen jurídico. Se trata de dos efectos que se producen desde el mismo instante en que se produce la afectación. En este sentido, también podría explicarse la afectación teniendo presente que es una técnica jurídica para excluir un bien público del tráfico-jurídico privado para destinarlo a un uso general o servicio público a través de un determinado régimen jurídico.

La afectación admite cuatro modalidades: legal, expresa, implícita y presunta. La afectación “ex lege” es, como su nombre indica, una clase de afectación en cuya virtud una ley califica expresamente una determinada categoría de bienes como de dominio público, lo que implica la adscripción o la adjudicación de un concreto fin de uso general o servicio público. Señala Santamaría Pastor que podría dudarse,

al menos teóricamente, acerca de si la calificación demanial de un tipo de bienes es realmente un supuesto estricto de afectación. En puridad, argumenta Santamaría Pastor, la afectación se produce cuando un determinado bien se delimita, por ejemplo al deslindar una plaza, o cuando se crea ex novo al construir una carretera. En todo caso, la afectación legal ha de contar con dos elementos imprescindibles: la identificación concreta del bien, lo que ordinariamente es tarea de un acto administrativo, y la asignación/adjudicación de un fin concreto de uso general o servicio público, cometido que realiza la ley genéricamente. En opinión de Santamaría Pastor, que comparto, ninguno de estos elementos es suficiente por sí solo para conferir carácter demanial a un bien concreto, por lo que carece de sentido dar prioridad conceptual a ninguno de ellos. La afectación legal está prevista, en el Ordenamiento vigente, en el artículo 66.1 in fine de la ley de patrimonio de las Administraciones públicas de 3 de noviembre de 2003.

La afectación expresa es el supuesto ordinario, y a ella se refiere el párrafo primero del artículo 66 de la ley cuando establece que la afectación “deberá hacerse en virtud de acto expreso por órgano competente, en el que se indicara el bien o derecho al que se refiera, el fin a que se destina, la circunstancia de quedar aquél integrado en el dominio público y el órgano al que corresponda el ejercicio de las competencias demaniales, incluidas las relativas a su administración, defensa y conservación”. Es decir, esta modalidad de afectación se realiza a través de un acto administrativo en el que se determina que un determinado bien o derecho público de naturaleza patrimonial se adscribe a un fin concreto de uso general o servicio público. Como señala Santamaría Pastor sería el caso, por ejemplo, de un jardín privado que se convierte en público. La afectación expresa de bienes públicos estatales está prevista en el artículo 68 de la ley:

“1. La afectación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado a los departamentos

ministeriales compete al Ministro de Hacienda. La instrucción del procedimiento compete a la Dirección General del Patrimonio del Estado, que lo incoará de oficio, a iniciativa propia o a propuesta del departamento ministerial interesado en la afectación.

2. La orden ministerial de afectación, que deberá contener las menciones requeridas por el artículo 66.1 de esta ley, surtirá efectos a partir de la recepción de los bienes por el departamento a que se destinen y mediante suscripción de la correspondiente acta por el representante designado por dicho departamento y el nombrado por la Dirección General del Patrimonio del Estado. Una vez suscrita el acta, el departamento al que se hayan afectado los bienes o derechos utilizará los mismos de acuerdo con el fin señalado, y ejercerá respecto de ellos las correspondientes competencias demaniales.

3. La afectación de los bienes y derechos de los organismos públicos al cumplimiento de los fines, funciones o servicios que tengan encomendadas serán acordadas por el ministro titular del departamento del que dependan, a propuesta de su presidente o director.”

En el caso de los bienes o derechos públicos de naturaleza patrimonial de las Comunidades Autónomas, se estará a lo dispuesto en las leyes autonómicas de patrimonio, que normalmente contemplan procedimientos de afectación expresa mutatis mutandis similares al estatal y, en el caso de la afectación de los bienes locales, el régimen jurídico establecido es el señalado en los artículos 1 y 2 del Reglamento de bienes de los Entes locales.

Por lo que se refiere a la afectación implícita es la que se deriva de un acto administrativo formal que tiene una finalidad diversa, pero que presupone el destino del bien o derecho a un fin concreto de uso general o servicio público. Está recogida en el artículo 66.2 c) y d) de la ley en los siguientes términos:

“Surtirán los mismos efectos de la afectación expresa los hechos y actos siguientes:

c. La adquisición de bienes o derechos por expropiación forzosa, supuesto en el que, de acuer-

do con lo dispuesto en el artículo 24.2 de esta ley, los bienes o derechos adquiridos se considerarán afectados al fin determinante de la declaración de utilidad pública o interés social.

d. La aprobación por el Consejo de Ministros de programas o planes de actuación general, o proyectos de obras o servicios, cuando de ellos resulte la vinculación de bienes o derechos determinados a fines de uso o servicio público”.

En ambos casos se produce el fin de la afectación, que es el destino concreto o determinado de bienes o derechos públicos a un servicio público o a un uso general. En el caso de la adquisición de bienes o derechos a través del instituto de la expropiación forzosa, fácil parece colegir que la fase de declaración de utilidad pública o interés social de los bienes o derechos a expropias constituye, en sentido estricto, la adscripción o destino de los bienes o derechos privados a un concreto servicio público o uso general, pues dicha declaración constituye el presupuesto sustancial, la causa expropiandi en cuya virtud se justifica la expropiación misma, que no es otra cosa que la privación de bienes o derechos de los particulares por causas de interés público. En este caso, sin embargo, los bienes o derechos a expropiar ordinariamente no serán bienes o derechos patrimoniales sino bienes o derechos privados, lo que hace un poco distinta la afectación, que, en todo caso, encuentra su causa precisamente en la finalidad de adjudicar dichos bienes o derechos a un fin de uso general o de servicio público.

En el supuesto de los programas o actuaciones de naturaleza general aprobados por el Consejo de Ministros, igualmente se produce la afectación puesto que como indica el precepto, a consecuencia de la ejecución de dichos programas o actuaciones se va a producir la finalidad de la afectación, cual es la vinculación de bienes o derechos a fines de uso o servicio público. Lógicamente, esta disposición también se aplica mutatis mutandis en los ca-

sos de instrumentos similares aprobados por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas o los Plenos de las Corporaciones Locales.

La afectación presunta se produce cuando de hecho, sin mediar acto administrativo, un bien o derecho público se destine a un fin de servicio público o de uso general. Así lo prevé la ley en los párrafos a y b del párrafo segundo del artículo 66:

“Surtirán los mismos efectos de la afectación expresa los hechos y actos siguientes:

a. La utilización pública, notoria y continuada por la Administración General del Estado o sus Organismos públicos de bienes y derechos de su titularidad para un servicio público o un uso general.

b. La adquisición de bienes o derechos por usucapación cuando los actos posesorios que han determinado la prescripción adquisitiva hubiesen vinculado el bien o derecho al uso general o a un servicio público, sin perjuicio de los derechos adquiridos sobre ellos por terceras personas al amparo de las normas de derecho privado”.

Se trata, en ambos supuestos, de manifestaciones o expresiones de voluntad de la Administración pública que implican, igualmente, la consolidación de la finalidad que persigue toda afectación: el destino concreto del bien o derecho de que se trate a un uso general o a un determinado servicio público.

IV. LA DESAFECTACIÓN Y SUS MODALIDADES

Ya hemos indicado que la desafectación supone la operación contraria a la afectación. Si ésta consiste en el camino a la demanialidad para los bienes públicos patrimoniales, aquélla implica la pérdida del bien público de su condición demanial y su vuelta, por tanto, al reino de los bienes públicos de naturaleza patrimonial. Como señala Santamaría Pastor, ambas técnicas constituyen puntos de convergen-

cia entre los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales.

Por tanto, la desafectación trae consigo la cesación de la demanialidad en la medida en que provoca la terminación del destino del bien o derecho a un servicio público o a un uso general. El artículo 69 de la ley la regula de la siguiente forma bajo la rúbrica "Desafectación de los bienes y derechos de dominio público":

"1. Los bienes y derechos demaniales perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produzca su desafectación, por dejar de destinarse al uso general o al servicio público.

2. Salvo los supuestos previstos en esta ley, la desafectación deberá realizarse siempre de forma expresa".

Por lo que se refiere al procedimiento que establece el legislador para estos supuestos, su régimen lo encontramos en el artículo siguiente:

"1. Los bienes y derechos afectados a fines o servicios de los departamentos ministeriales serán desafectados por el Ministro de Hacienda.

La incoación e instrucción del procedimiento compete a la Dirección General del Patrimonio del Estado, a iniciativa propia o a propuesta del departamento que tuviera afectados los bienes o derechos o al que correspondiese su gestión y administración, previa depuración de su situación física y jurídica.

2. La desafectación de los bienes y derechos integrados en el patrimonio de la Administración General del Estado requerirá, para su efectividad, de su recepción formal por el Ministerio de Hacienda, bien mediante acta de entrega suscrita por un representante designado por el departamento al que hubiesen estado afectados los bienes o derechos y otro designado por la Dirección General de Patrimonio del Estado, o bien mediante acta de toma de posesión levantada por la Dirección General de Patrimonio del Estado.

3. Los bienes o derechos demaniales de titularidad de los Organismos públicos que éstos tengan afectados para el cumplimiento de sus fi-

nes serán desafectados por el Ministro titular del departamento del que dependan, a propuesta de su Presidente o Director.

4. La desafectación de los bienes muebles adquiridos por los departamentos ministeriales, o que tuvieran afectados, será de competencia del titular del departamento".

Santamaría Pastor cuando comenta estos preceptos llama la atención sobre la desconfianza con la que el legislador contempla los supuestos de desafectación. Desconfianza que es explicable y que lleva a establecer singularidades restrictivas puesto que, en efecto, la condición lógica de los bienes públicos ha de ser la de estar destinados a fines de uso general o de servicio público. De ahí que se restrinja razonablemente el proceso de conversión de bienes demaniales en bienes patrimoniales, pues éstos tienen un nivel de protección jurídica inferior. Expresión de esta desconfianza la encontramos, pues, en la norma del párrafo segundo del artículo 69 al limitar considerablemente la operatividad de la desafectación tácita, pues se requiere, como regla general, la desafectación a través del procedimiento previsto en el artículo 70 de la ley.

Es decir, el legislador pretende que la desafectación se realice a través de un procedimiento formal, bien parecido al articulado en la ley para la afectación y para las mutaciones demaniales, y que se encuentra establecido, como señalamos anteriormente, en el artículo 70 de la ley. Debe certificarse, pues, que la amplitud y generosidad con que el legislador regula los supuestos de afectación implícita y presunta no se encuentran en materia de desafectación. La causa, insisto, hemos de encontrarla en que parece razonable que se promueva como regla general desde los poderes públicos que el destino efectivo de los bienes y derechos públicos sea el de estar adscritos en concreto a una determinada finalidad de uso general o de servicio público.

En este sentido, Santamaría Pastor afirma que la exigencia de procedimiento formal

para la desafectación supone la exclusión de procedimientos paralelos a los de afectación implícita y presunta. En el fondo, como nos recuerda este autor, se trata de evitar que la desidia en la custodia de los bienes de dominio público por parte de la Administración pública lleve a algunos de esos bienes o derechos a perder su naturaleza demanial de forma automática, haciéndolos susceptibles de adquisición por los particulares, por ejemplo por usucapión.

Ciertamente, late en la mente del legislador, en alguna medida, una pesimista opinión sobre las funciones de administración y conservación de los bienes demaniales que, sin perjuicio de que se pueda certificar en la realidad, debería llevar a mejorar los medios materiales y personales de la Dirección General de Patrimonio del Estado en orden al mejor cumplimiento de sus fines.

En todo caso, como suele ocurrir en estos casos, la opción por la desconfianza que adopta el legislador plantea problemas no pequeños, que señala acertadamente el profesor Santamaría Pastor. Veamos.

En primer lugar debemos poner de manifiesto que aunque el legislador se empeñe en prohibir tácitamente las desafectaciones implícitas, es innegable que pueden existir, al menos desde el punto de vista material ¿Qué ocurre, por ejemplo, en los casos de afectación implícita por causa de expropiación forzosa si la Administración pública desiste del proyecto que motivó la expropiación? Parece lógico pensar que, en este caso, los bienes o derechos objeto de la expropiación dejarán de estar destinados al fin para el que originariamente se expropiaron, procediéndose, así lo prevé la ley, a la correspondiente reversión de dichos bienes o derechos a los expropiados. Como señala Santamaría Pastor, lo quiera o no el legislador, en este caso se habrá producido una desafectación a menos que se admita que existan bienes que, sin estar destinados a ningún fin de uso general o servicio público, siguen siendo, no

obstante, demaniales. Posibilidad que no parece encajar bien con la naturaleza de la demanialidad.

En segundo término, algo parecido se puede afirmar de las hipotéticas desafectaciones presuntas. Si un bien patrimonial queda afectado presuntamente convirtiéndose en demanial por el uso continuado de la Administración sin acto expreso alguno para fin de uso general o de servicio público, cabe preguntarse qué sucede en el caso inverso. Por seguir con el ejemplo que pone Santamaría Pastor, pensemos en un edificio de oficinas públicas que es abandonado por largo tiempo sin que tenga otro fin o, en el caso de tramos de carretera inutilizados por la construcción de una variante o la supresión de una curva. ¿No se trata de desafectaciones presuntas realmente? ¿Es que, en estos supuestos, no parece razonable dar alguna función a esos bienes que se encuentran en situación tan lamentable y penosa en lugar de empeñarse en que siguen adscritos a un fin de uso general o de servicio público cuando obviamente ya no lo están? La exigencia de desafectaciones expresas, que no suelen producirse en estos casos, lleva igualmente al absurdo del mantenimiento artificial de bienes que continúan siendo demaniales, pese a que no siguen ya a ninguno de los fines que justifican esta naturaleza (Santamaría Pastor).

En tercer lugar, nos encontramos con casos de desafectación por desnaturalización del bien o derecho. Son los casos de pérdida, por parte de un bien concreto, de las condiciones físicas que lo hacían *ex lege* perteneciente a una categoría de bienes demaniales como son, por ejemplo, los que forman parte del demanio natural como, por ejemplo, playas ríos o cauces. En estos casos, Santamaría Pastor constata que la legislación sectorial mantiene posiciones discrepantes, contradictorias en ocasiones. En materia de playas y costas, la normativa exige, en la misma dirección que la ley de patrimonio de las Administraciones públicas, la desafectación expresa, estableciendo una decla-

ración de innecesariedad y el previo deslinde de los terrenos “que por cualquier causa han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre” (artículo 4.5 y 18 de la Ley de Costas). Por lo que se refiere a la legislación de aguas continentales nos hallamos ante una remisión a la legislación civil en lo que se refiere a los efectos derivados de las modificaciones naturales que sufren los cauces, porque un río se seque definitivamente o se altere su cauce, lo que supone que el terreno ocupado por el cauce pierde automáticamente su condición demanial, pasando también *ex lege* a la propiedad de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno (artículo 370 del Código Civil). No parece, pues, que se justifique en estos supuestos la imperatividad de la desafectación expresa, que puede provocar consecuencias no queridas por el legislador, cuando podría echarse mano, con todos los rigores que sea menester, de desafectaciones presuntas que, al fin y a la postre, van a permitir que se cumplan los objetivos previstos por el legislador.

V. SOBRE LAS MUTACIONES DEMANIALES

La afectación trae como consecuencia el destino de un bien o derecho público a un uso general o a un servicio público. Es decir, a través de la afectación, como anteriormente señalamos, se produce la concreción al interés general al que están llamados todos los bienes públicos por el simple hecho de ser titularidad de las Administraciones públicas. Pues bien, las mutaciones demaniales en sentido estricto tienen lugar en virtud de algún cambio de afectación al ser destinados los bienes o derechos a un fin diverso al que anteriormente tenían asignado, pero, en todo caso, fin también de uso general o servicio público.

Se trata, pues, de alteraciones en el fin de uso general o servicio público al que se des-

tinan los bienes o derechos públicos. Por lo tanto, en estos supuestos, no hay cesación de la demanialidad ni transformación radical de la misma. Para Sánchez Blanco comprende aquellos supuestos en que un bien de dominio público es afectado a un fin distinto del originario, pero siempre en el marco de la demanialidad, siempre en el contexto de un uso general o servicio público. En opinión de Garrido Falla, las mutaciones demaniales se distinguen por tres características: se refieren a bienes o derechos ya afectados a un uso general o servicio público, se produce un cambio de destino dentro del interés público y, en tercer lugar, no cambia la titularidad del bien porque la personalidad jurídica del Estado es única. Hoy, tras la entrada en vigor de la Constitución y la consiguiente existencia de dominio público estatal, de dominio público autonómico y de dominio público local, esta afirmación ha de modularse porque aunque, en efecto las Comunidades Autónomas y los Entes locales son Estado, es lo cierto que la descentralización política ha dado lugar a la existencia de diferentes dominios públicos cuya titularidad es de Administraciones públicas distintas.

García de Enterría considera mutaciones demaniales las ocasionadas por cambio de sujetos públicos (sucesión de sujetos públicos como consecuencia de una fusión municipal), por cambio en la afectación y por lo que él denomina imposición de afectaciones secundarias. En este sentido, serían, pues, mutaciones demaniales por cambio de sujeto público los casos en que ésta se produzca como consecuencia de las transferencias de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas. En la misma dirección se encuentra Clavero Arévalo, quien considera como mutaciones demaniales las enajenaciones a otras Administraciones públicas y, de modo particularizado, el traspaso de servicios públicos de un Ente a otro y de los bienes de dominio público afectados al servicio público. En estos casos, entre los

que también han de contarse los traspasos de bienes demaniales del Estado a las Comunidades Autónomas, lo que se produce realmente, más que un traspaso de titularidad, puesto que siguen en el mundo de la Administración pública, es la transferencia de la administración, control, vigilancia, conservación y recaudación de tasas sobre dichos bienes. Esta afirmación de Clavero Arévalo, hoy con la Constitución de 1978 en la mano, debe modularse puesto que se produce un cambio en la titularidad, eso sí, entre Entes públicos.

En el Derecho vigente, las mutaciones demaniales las encontramos, a nivel general, en los artículos 71 (mutaciones demaniales) y 72 (procedimiento para la mutación demanial) de la ley, que señalan lo siguiente:

Artículo 71:

“1. La mutación demanial es el acto en virtud del cual se efectúa la desafectación de un bien o derecho del Patrimonio del Estado, con simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público de la Administración General del Estado o de los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

2. Las mutaciones demaniales deberán efectuarse de forma expresa, salvo lo previsto en el apartado siguiente para el caso de reestructuración de órganos.

3. En los casos de reestructuración orgánica se estará, en lo que respecta al destino de los bienes o derechos que tuvieran afectados o adscritos los órganos u organismos que se supriman o reformen, a lo que se establezca en la correspondiente disposición. Si no se hubiese previsto nada sobre este particular, se entenderá que los bienes y derechos continúan vinculados a los mismos fines y funciones, considerándose afectados al órgano u organismo al que se hayan atribuido las respectivas competencias sin necesidad de declaración expresa.

4. Reglamentariamente se regularán los términos y las condiciones en que los bienes y derechos demaniales de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos podrán afec-

tarse a otras Administraciones públicas para destinarlos a un determinado uso o servicio público de su competencia. Este supuesto de mutación entre Administraciones públicas no alterará la titularidad de los bienes ni su carácter demanial, y será aplicable a las Comunidades Autónomas cuando éstas prevean en su legislación la posibilidad de afectar bienes demaniales de su titularidad a la Administración General del Estado o sus Organismos públicos para su dedicación a un uso o servicio de su competencia”.

Artículo 72:

“1. La mutación de destino de los bienes inmuebles de la Administración general del Estado o afectos al cumplimiento de fines o servicios de ésta, compete al Ministro de Hacienda. La incoación e instrucción del correspondiente procedimiento se acordará por la Dirección General del Patrimonio del Estado, a iniciativa propia o a propuesta del departamento u organismo interesado.

2. La orden de mutación demanial requerirá para su efectividad de la firma de un acta, con intervención de la Dirección General de Patrimonio del Estado y los departamentos u organismos interesados.

3. La mutación de destino de los bienes muebles del Patrimonio del Estado se realizará por los propios departamentos u organismos interesados en la misma.

Para ello se formalizarán por las partes las correspondientes actas de entrega y recepción, que perfeccionarán el cambio de destino de los bienes de que se trate, y constituirán título suficiente para las respectivas altas y bajas en los inventarios de los bienes muebles de los departamentos.

4. La mutación de destino de los bienes y derechos demaniales propios de los organismos públicos para el cumplimiento, dentro del organismo de sus fines o servicios públicos, se acordará por el ministro titular del departamento del que dependan, a propuesta de su presidente o director. Las mutaciones de destino de bienes y derechos demaniales propios o adscritos de un organismo, para el cumplimiento de fines o servicios

de otro organismo o de la Administración General del Estado, serán acordadas por el Ministro de Hacienda, a propuesta conjunta de las dos entidades.

5. En el caso previsto en el apartado 3 del artículo anterior, los departamentos ministeriales o los organismos públicos a que queden afectados los bienes o derechos comunicarán a la Dirección General del Patrimonio del Estado la mutación operada, para que proceda a tomar razón de la misma en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado.

Si la adaptación de la situación patrimonial a la reforma orgánica producida exigiese una distribución de bienes entre varios departamentos u organismos, esta comunicación deberá cursarse con el acuerdo expreso de todos ellos. A falta de acuerdo, cada departamento u organismo remitirá a la Dirección General de Patrimonio del Estado una propuesta de distribución de los bienes y el Ministro de Hacienda resolverá en último término sobre la afectación”.

Los preceptos en que regula la ley las mutaciones demaniales, sobre todo el artículo 72, tienen naturaleza reglamentaria y, por ello, al menos en lo que se refiere al procedimiento, debería haberse operado una remisión a la norma de desarrollo. Nos encontramos ante una de las expresiones más acabadas de la tendencia del legislador a administrativizar, a reglamentar, cuando su función, según me parece, ha de atender a la construcción de los principios generales a los que debe someterse la mutación demanial, así como a la definición de la institución y su caracterización.

Pensando en el rectorado de mi Universidad, encuentro rápido un caso de mutación demanial. Con anterioridad a su función actual era un bien municipal que en su día albergó un cuartel del Ministerio de Defensa. Se trata de un caso que encaja con la definición legal de mutación demanial establecida en el artículo 71.1 de la ley, siempre que la abramos al conjunto de las Administraciones públicas, puesto que en su día el cuartel fue desafectado

por el Ministerio de Defensa y afectado al Municipio y, más adelante, éste lo afectó a la Universidad de La Coruña, actual titular del edificio. Hay cambio en el fin público, sin dejar de ser público, aunque el bien permanece bajo titularidad pública, aunque haya pasado de una Administración pública a otra distinta.

Según el artículo 71.1 en toda mutación demanial nos encontramos con una desafectación con simultánea afectación en el marco de la Administración General del Estado, ya que la Ley, que es básica, se aplica directamente a la Administración estatal, aunque la definición de mutación demanial ha de entenderse básica y, por ello, de proyección general al resto de las Administraciones públicas.

La ley de patrimonio de las Administraciones públicas sólo contempla las mutaciones demaniales dentro de la propia Administración del Estado y cuando ésta se produzca como consecuencia de una transferencia de la Comunidad Autónoma al Estado, algo que ahora parece inverosímil, pero que se producirá en algún momento.

Desde el punto de vista general, son mutaciones demaniales, lo hemos señalado al principio de este epígrafe, los cambios de sujeto público, lo que ordinariamente acontece en dos supuestos. Primero: cuando un bien de dominio público pasa de la titularidad de un Ente público a otro Ente público, sea de la misma Administración o de otra, siempre que permanezca inalterada la afectación; esto es, el fin de uso o general o servicio público a que estuviera destinado dicho bien o derecho público. Y, segundo: cuando se produce sucesión de sujetos públicos. A este caso ya nos hemos referido anteriormente al señalar que también la mutación demanial se producía en el marco de las fusiones o segregaciones municipales y en los frecuentes casos de transferencias de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas.

La ley de patrimonio de las Administraciones públicas se refiere en este punto, en su

artículo 71.4, como hemos señalado ya, a la posibilidad de que los bienes y derechos demaniales de la Administración estatal se afecten a otras Administraciones públicas para destinarlos a un uso o servicio público de su competencia. En este caso habrá de estarse al régimen establecido en el Reglamento de Patrimonio del Estado. En el párrafo segundo, sin que se entienda muy bien por qué, se limita esta opción, en el caso de las Comunidades Autónomas, al supuesto de que éstas hayan previsto en su legislación la posibilidad de afectar bienes o derechos de su titularidad a la Administración del Estado. Probablemente, hubiera sido preciso incluir también en este precepto alguna disposición relativa a los casos, tan frecuentes, de transferencias de bienes y servicios por parte del Estado a las Comunidades Autónomas. Es verdad que cada vez quedan menos bienes y servicios por transferir, pero ello no impide que también se hubiera regulado en la ley.

En el párrafo tercero del artículo 71 se contempla el caso, nada infrecuente, que se da en los casos de reformas orgánicas. Pensemos, por ejemplo, en la división del Ministerio de Obras Públicas, en el Ministerio de Fomento y en el Ministerio de Medio Ambiente en 1996, o el caso, más reciente, del desglose del Ministerio de Fomento en el Ministerio de Fomento y Ministerio de Vivienda. En ambos casos hubo de afectarse bienes públicos demaniales de unos órganos a otros dentro de la misma Administración pública estatal.

Finalmente, por lo que se refiere a la llamada mutación por imposición de afectaciones secundarias a la que se refería García de Enterría, hemos de ir al artículo 67 de la ley, que lleva la rúbrica de afectaciones concurrentes:

“1. Los bienes y derechos del Patrimonio del Estado podrán ser objeto de afectación a más de un uso o servicio de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, siempre que los diversos fines concurrentes sean compatibles entre sí.

2. La resolución en que se acuerde la afectación a más de un fin o servicio determinará las

facultades que corresponden a los diferentes departamentos u organismos, respecto de la utilización, administración y defensa de los bienes y derechos afectados”.

Un caso bien claro de estas mutaciones por afectaciones concurrentes son los referidos por Santamaría Pastor: instalación de raíles de tranvías sobre calles también destinadas al tráfico de vehículos, o el uso de un inmueble para sede de organismos públicos y, al tiempo, para alojar servicios de explotación mercantil anejos a aquellos como puede ser la apertura de un restaurante en la sede de un museo. Se trata de supuestos en los que los fines sean compatibles y complementarios.

Por lo que se refiere al procedimiento de las mutaciones demaniales, es muy parecido al de las afectaciones y, lógicamente, al de las desafectaciones.

VI. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA RECIENTE

La jurisprudencia, como ciencia de la solución justa de los casos, proporciona indudables elementos para entender mejor estas instituciones y, sobre todo, para contemplarlas proyectadas sobre la realidad. Por eso, antes de finalizar este trabajo he seleccionado alguna de las últimas sentencias de los Tribunales sobre la materia con el fin de poder comentar algunas cuestiones relativas al régimen jurídico. Llamo la atención sobre el hecho de que la mayor parte de las sentencias que he encontrado versan sobre desafectaciones, quizá porque en su procedimiento puedan encontrarse aspectos vinculados, en lo que se refiere a la resolución definitiva, a las técnicas de control de la discrecionalidad, verdadero caballo de batalla del sentido y funcionalidad de las desafectaciones.

En una sentencia de 22 de febrero de 2005, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se cuestiona la legalidad de un acuerdo

municipal relativo a la desafectación de un camino de dominio público con el fin de permutarlo con el de un propietario colindante variando así el trazado del camino. En su razonamiento, el Tribunal señala que se ha de determinar “si se ha acreditado la legalidad y oportunidad de la alteración de la calificación jurídica de dicha parte del camino, conforme al artículo 8.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades locales”. Oportunidad que, como señala el Tribunal “remite necesariamente al ejercicio de una potestad discrecional en que los supuestos que la posibilitan no están reglados ni predeterminados por la norma jurídica(...) esa razón de oportunidad está sometida a que se satisfagan auténticas finalidades de interés público, a que no se pretendan materializar opciones ni alternativas caprichosas, arbitrarias o irrazonables, y a que quede justificada la realidad de los llamados hechos determinantes”. En relación con el control de los hechos determinantes, tema central del recurso y de la argumentación del Tribunal, se trae a colación la doctrina del Tribunal Supremo cuando señala que “los poderes y las técnicas de control de la actividad administrativa que articulan los artículos 106 y 117 de la Constitución, control de los hechos determinantes tenidos en cuenta por la Administración para justificar su decisión, que permite evaluar el grado de congruencia y de racionalidad de la actuación administrativa, y el control en virtud de la cláusula de interés general, que delimita el campo de actuación de los poderes públicos administrativos”. En el caso presente la clave, desde este punto de vista, se encuentra en las condiciones orográficas del camino que según la memoria de la Alcaldía aconsejaban, dada su dificultad de ampliación, permutarlo. Sin embargo, en el período de prueba se acreditó que los datos del camino invitaban a su ampliación para el mejor disfrute de los vecinos. La sentencia, de acuerdo con el principio de realidad y de control de los hechos determinantes, declara parcialmente no ajustado a derecho el expediente de desafectación, puesto que estas

decisiones han de estar presididas por un evidente interés público, que no fue posible concretar en esta ocasión.

En otro caso parecido, impugnación de acuerdo municipal de desafectación por considerarlo el recurrente arbitrario, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia de 10 de octubre de 2003, entiende que dicha desafectación es ajustada a Derecho porque de los informes del secretario municipal y del arquitecto se acredita la oportunidad y legalidad de la decisión municipal. Se trataba de la desafectación de terreno de dominio público para su posterior enajenación. Las razones las justifica así el Tribunal: “porque el terreno en cuestión se encuentra fuera de alineación de la calle, resultando su afectación incongruente con su uso debido a su localización geográfica; transitado, salvo por unos colindantes a dicho tramo de calle; que resulta inutilizable para el uso normal de una calle (pasear, transitar), de modo que el uso común en absoluto se ve perturbado por la desafectación(...) no daña ni perjudica a tercero, siendo inedificable el terreno colindante con dicho espacio”.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 29 de noviembre de 2002, también en un caso de desafectación, señaló que “el acuerdo municipal impugnado implica la dejación por la Corporación local de las prerrogativas que privilegian la incorporación de estos bienes al demanio y la inhibición en el ejercicio de las potestades públicas de los bienes municipales en la preservación de los intereses generales y colectivos, al requerirse una declaración expresa e inexcusable de la Corporación local sobre la desafectación de los bienes pertenecientes al dominio público, que no puede realizarse por vía de hecho”.

El Tribunal Superior de Galicia, en sentencia de 30 de noviembre de 2001, también en un caso de desafectación local, entiende, analizando los requisitos del Reglamento de Bienes, que el expediente en el que se acrediten su oportunidad y legalidad sea resuelto previa información pública de un mes por la Cor-

poración local respectiva. Pues bien, en el expediente “únicamente consta como actuación practicada el acuerdo de exponer al público el expediente administrativo por el plazo de un mes; única actuación que se revela del todo insuficiente a los efectos de resolver una solicitud de tal naturaleza, que afecta a un camino de uso público, y que como tal requiere que el expediente que se inicie para resolver su desafectación y cambio por uno nuevo con distinto trazado, esté integrado por todas aquellas actuaciones tendentes a demostrar la concurrencia de los requisitos de oportunidad y legalidad que se exigen en estos casos. El expediente administrativo a que se refiere esta litis no sólo carece de informe técnico en el que se hubiesen comprobado las mediciones y características del terreno sobre el que se pretende el nuevo trazado, y demás condiciones técnicas del mismo, sino que tampoco consta en él (...) el informe previo del secretario...”.

Hay algunos casos en los que los expedientes de desafectación deben contar con una autorización previa de la Administración titular del servicio público al que estaba afectado el bien. Es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha de 22 de marzo de 2001 en el que se entendió que los edificios escolares de propiedad municipal en los que se realizarán tareas educativas no “podían destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización del Ministerio de Educación y Ciencia, lógicamente, de quien le sustituyera en sus competencias, quedando así vinculados a su afectación originaria (...). En el caso de bienes demaniales, como ocurre con los edificios escolares de que se trata, resultaba necesaria la desafectación al servicio público de enseñanza, y tal desafectación, aún siendo competencia exclusiva de los Ayuntamientos para los bienes demaniales de titularidad municipal, requería la mencionada autorización de la Administración educativa (...), sistema que no puede considerarse que vulnere la autonomía municipal puesto que se trata de la desafectación de un bien que, aun cuando sea propie-

dad de un municipio, se halla afecto a un servicio público que no es estrictamente municipal, como ocurre con el educativo”.

Por lo que se refiere a la doctrina de la desafectación tácita, la doctrina del Tribunal Supremo la aceptó en los casos de la reversión de la isla de Cabrera, de 30 de noviembre de 1965 y de 2 de junio de 1989, planteándose el problema de decidir si es posible admitir una desafectación tácita de un bien inmueble perteneciente al dominio público y, en su caso, establecer sobre quién recae la carga de la prueba para que el Tribunal entienda que esa desafectación tácita se haya producido. Esta cuestión se la plantea el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su sentencia de 20 de abril de 2001, lógicamente antes de la ley de 2003. Pues bien, del estudio de esa doctrina se pueden entresacar dos ideas.

La primera: que en principio toda desafectación de un bien destinado a un servicio público exige que sea declarada expresamente por la Administración, como consecuencia del expediente iniciado por el departamento bajo cuya administración y custodia se encuentren los bienes y a la vista de las circunstancias que aconsejan la misma, como declaran los artículos 120 y 121 de la ley de Patrimonio del Estado de 1964. En este sentido, y a modo de un ejemplo más, puede citarse lo establecido por el artículo 18.2 de la ley de costas, de 28 de julio de 1988. Conclusión a que también puede llegarse a la vista del artículo 54 de la ley de expropiación forzosa y del artículo 63 de su reglamento, ya que si bien en estos preceptos se contempla como uno de los supuestos para que proceda la reversión de un bien o derecho expropiado la desaparición de la afectación que motivó la expropiación, el artículo 65 de dicho reglamento se cuida en puntualizar la necesidad de la notificación por parte de la Administración de la desafectación de los bienes a sus causahabientes para que puedan solicitar dicha reversión, lo que presupone, como consecuencia, una declaración formal y expresa, un reconocimiento por dicha Administración de que

los bienes han quedado fuera de los fines de utilidad pública que justificaron la expropiación.

Y, en segundo lugar, este principio fue cuestionado por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1965, recaída precisamente en un recurso interpuesto contra la resolución del Ministerio de Defensa sobre derecho de reversión de la isla de Cabrera al afirmar que en la aplicación directa del tema de la desafectación de los bienes expropiados a la finalidad del destino que provoca la declaración de necesidad, se logra indudable ventaja, como garantía jurídica que la ley de expropiación indudablemente persigue, de o dejar indefenso al expropiado cerrándole el paso mientras no se declare espontáneamente por la Administración y no se le comunique la desafectación del bien al destino público al que se afectó, a cuya precisión acuden los artículos 55 de la ley, 54 y 65 del reglamento no sólo cuando ello se decida y notifique por la Administración sino por simples situaciones de hecho advertidas por los interesados en la reversión. Conclusión ésta que puede incluso apoyarse –según la segunda sentencia de reversión de Cabrera de 2 de junio de 1989– en el principio general consagrado en el artículo 341 del Código Civil al declarar que los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado con todas sus consecuencias. Tesis que admite un sector doctrina con base en un dictamen del Consejo de Estado de 14 de febrero de 1949 y en el derecho comparado, al recoger precisamente el simple apartamiento de hecho del destino de las cosas, la desafectación de “fait” que admiten los Tribunales franceses o el “desuetudo” de un sector de la doctrina italiana.

VI. REFLEXIÓN FINAL

El estudio de la afectación, de la desafectación y de las mutaciones demaniales per-

mite contemplar una dimensión del derecho de los bienes públicos vinculada a una versión del Derecho Administrativo que pone el acento en la regulación del servicio objetivo al interés general. En efecto, en la medida en que la afectación refuerza la idea de que las instituciones y categorías del Derecho Administrativo están orientadas al servicio objetivo al interés general, en esa medida la desafectación, como operación de signo contrario, ha de producir sus efectos de traspaso del bien al reino de la patrimonialidad con su desvinculación real y continuada al servicio público o uso general que desencadenó la afectación.

La desconfianza del legislador buscando que las desafectaciones sean siempre y en todo caso, como regla general, expresas, manifiesta un escaso sentido de realismo que hará prácticamente imposible su buen deseo de que todos los bienes públicos demaniales se ordenen a su finalidad. La realidad demuestra hasta qué punto es necesario y aconsejable dotar a la regulación jurídica de las instituciones y conceptos del Derecho Administrativo del sentido instrumental que tienen por esencia. Porque no se puede ni se debe olvidar que es el interés general el norte y la guía del Derecho Administrativo y que será siempre quien module y quien relativice, de acuerdo con la realidad social y política, el conjunto de este Ordenamiento jurídico, que también en materia de bienes públicos acredita esa dimensión finalista desde la que algunos construimos y explicamos el sistema del Derecho Administrativo Español.

Finalmente, la idea de la afectación potencial y actual, como dos grados de la vinculación al interés general de los bienes públicos, según sean patrimoniales o de dominio público, ayuda a explicar también la teoría de los bienes públicos desde la matriz constitucional del artículo 103, desde la que, en mi opinión, ha de levantarse todo el edificio del Derecho Administrativo.