

INFORME¹

Un efecto de la crisis en el derecho autonómico andaluz: la alienabilidad del dominio público. A propósito de una medida contenida en los Decretos-ley 5/2010 y 6/2010

I. INTRODUCCIÓN

Hay conceptos jurídicos que tienen mala suerte, aunque en muchas ocasiones su mala fortuna esté muy relacionada con su indiscutible éxito. Es lo que le ha sucedido al dominio público. Su historia es la de una continua expansión cobijando cada vez mayores contenidos, aplicándose a nuevos supuestos y cosas. Dificilmente se puede encontrar una prueba mayor de la aceptación de una técnica para obtener los resultados apetecidos. Ese uso reiterado, engrosando el número de normas que han acudido a su virtualidad para ordenar aspectos concretos de la realidad, no puede sino interpretarse como una manifestación de la confianza que el legislador viene depositando en esta técnica desde hace poco menos de dos siglos. Pero al tiempo que se utilizaba el instrumento, se descuidada su construcción y su conservación. No es, pues, de extrañar que las doctrinas francesa y española de mediados del siglo pasado se terminaran planteando dudas acerca de su utilidad y aun de sus posibilidades de supervivencia. Concepto equívoco, de vaporosos perfiles e inconcreto régimen, sobre el que se aventuraron los más negros vaticinios.

El dominio público se ha utilizado para determinar la apropiación pública y el uso público de las cosas mas dispares, precisamente afirmando la inapropiabilidad privada de las mismas. Aunque algunos lo consideran una propiedad especial, parece que son mas los que lo conciben como una forma de *antipropiedad*, pero ni los que afirman su especialidad referida a la propiedad, ni los que lo entendemos en un contexto muy diverso, cual es el de haz de potestades públicas ob rem, hemos tenido completo éxito para transmitir una visión

¹ Esta Sección ha sido preparada bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

nítida de una institución a la que parece rodear un halo mágico que hace difícil, si no imposible, prescindir de ella al afrontar la tarea de la regulación de los bienes públicos. En el fenómeno que describo hay mucho de inercia, de cesión al saber rutinario y un cierto miedo a romper con lo que se antoja exigencia dogmática de validez universal, al menos en el parcial universo de los sistemas de *régime administratif*, arrojando el riesgo del error cuando aparecen síntomas claros de que todas las cosas no sirven para todo, y que la venerable ya, institución del dominio público, no es ninguna panacea universal para garantizar el mejor destino de los bienes materiales –no digamos de otros– al servicio de los intereses generales.

Esta introducción, cuyos ribetes tópicos es difícil disimular, viene a cuento de una de las medidas que contienen dos polémicos e importantes decretos–ley con que la Junta de Andalucía ha pretendido encarar la crítica situación que desde hace algunos años aqueja a la economía española, y más en concreto a la andaluza, como la de tantos otros sitios. Me refiero al Decreto–ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público y el Decreto–ley 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del Decreto–ley 5/2010, de 27 de julio². Entre ambas normas se encuentran las negociaciones de que se da cuenta en el preámbulo de la última de ellas, de manera que la similitud de contenido se explica en ese mismo texto: *el presente Decreto–ley opta por la reproducción del Decreto–ley 5/2010, de 27 de julio, integrando en el mismo las modificaciones que se realizan, procedentes del Acuerdo alcanzado en la Mesa General de Negociación del Empleado Público y la Junta de Andalucía*. En coherencia con esta afirmación, parece razonable pensar que el Decreto–ley más moderno debió derogar al anterior, en aras de la claridad y, sobre todo, de la seguridad jurídica. No obstante, la peculiar técnica utilizada no afecta de manera alguna al aspecto que va a tratarse aquí, por cuanto las respectivas regulaciones son idénticas. No hay, pues, problemas de contradicción.

II. EL CARÁCTER DEMANIAL DE LOS INMUEBLES DESTINADOS A OFICINAS O SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y DE SUS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE DERECHO PÚBLICO

La disposición adicional segunda de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de patrimonio de la comunidad autónoma de Andalucía, ya en su primera redac-

² Cuando se redactan estas páginas este decreto–ley está siendo tramitado por el Parlamento de Andalucía como proyecto de ley.

ción, declaraba con meridiana claridad el carácter demanial de los referidos inmuebles. No podía ser de otra manera, pues recogíendose una declaración similar en la ley de patrimonio del Estado de 1965, parecía forzoso concluir que el método inductivo de lo básico a aplicar, dada la inexistencia en ese momento de bases expresas, debería llevar a una consideración de ese tipo. Nuestra comunidad autónoma no hacía sino realizar una interpretación de lo básico en esta materia siguiendo las pautas de otras. Con ese punto de partida los decretos-ley andaluces a que me refiero, han introducido una interesante modificación mediante la adición de un párrafo novedoso a la mencionada disposición adicional de la ley de patrimonio. En efecto, *no obstante lo establecido en el párrafo anterior, se añade, la autorización por parte del Consejo de Gobierno para la enajenación de los citados bienes les atribuye la condición de bienes patrimoniales, sin necesidad de previa declaración de alterabilidad. Se exigirá autorización por norma con rango de ley* –puede, por tanto ser un decreto-ley, pero queda salvado, de esta manera el escrúpulo democrático– *cuando el importe del bien sea superior a veinte millones de euros.*

Con independencia de lo que se dirá mas adelante, no parece discutible que el mensaje que transmite el texto de la reforma es que los inmuebles a que se refiere el primer párrafo de la disposición adicional mencionada –bienes demaniales– son enajenables, previa autorización del Consejo de Gobierno, circunstancia que pugna con el principio de inalienabilidad del dominio público que impone el art. 132 de la Constitución, según el cual los bienes de dominio público no pueden ser enajenados en tanto no pierdan dicha calificación, lo que solo ocurre con su desafectación. Cuesta, pues, sustraerse a una primera impresión que reclama un juicio de inconstitucionalidad sobre la reforma. No obstante, adoptando una actitud cara a nuestro Tribunal Constitucional, cabe apurar las posibilidades interpretativas y superar los efectos de la literalidad en pro de la compatibilidad con el texto constitucional, y salvar así el inicial reproche. Con esta finalidad puede interpretarse el inciso que añade la reforma de 2010 como un supuesto de desafectación implícita, figura aceptable, aunque no muy bien vista en nuestra actual legislación, y ello aunque hubiera que realizar algún forzamiento en la regulación actual de la desafectación, que se contiene en la ley de patrimonio vigente y en su reglamento de desarrollo.

La finalidad de la reforma parece ser la de situar los inmuebles a que se refiere –bienes de dominio público– bajo la órbita del nuevo artículo 86 bis, de creación de la reforma, con el que se pretende facilitar la gestión de los bienes inmuebles del patrimonio autonómico al margen de su calificación –demanial o patrimonial–, sin perjuicio de la malevolencia de quienes pretenden adivinar un subterfugio para eludir las restricciones al endeudamiento de las adminis-

traciones públicas, pues el citado precepto, irreprochable por lo demás, contempla la posibilidad de acordar la enajenación de *bienes inmuebles del patrimonio de la comunidad autónoma con reserva del uso temporal de los mismos, total o parcial, cuando por razones debidamente justificadas resulte conveniente para el interés público y así lo autorice el Consejo de Gobierno. Esta utilización temporal podrá instrumentarse a través de la celebración de contratos de arrendamiento, de corta o larga duración, o cualesquiera otros que habiliten para el uso de los bienes enajenados, simultáneos al negocio de enajenación y sometidos a las mismas normas de competencia y procedimiento que este, se exigirá autorización por norma con rango de ley cuando el importe del bien sea superior a veinte millones de euros.* Vista la literalidad de ambos preceptos no es posible dudar de su relación de complementariedad y extraer la conclusión de que los bienes en que se está pensando en el artículo 86 bis incluyen los que declara demaniales el párrafo no modificado de la disposición adicional segunda de la ley de patrimonio.

Sin perjuicio de la trascendencia económica de la medida, difícil de valorar por quienes contemplamos estas lides sino desde las barreras académicas, el Gobierno andaluz, y es de presumir que también en su momento el legislador, están operando un cambio de indudable importancia desde punto de vista del derecho de los bienes públicos, siquiera lo haga de una manera vergonzante y de tapadillo, no a las claras y de forma transparente.

III. UN JUICIO SOBRE LA REFORMA Y LA FORMULACIÓN DE UNA POSIBLE ALTERNATIVA

Puestos a enjuiciar la reforma desde una perspectiva técnico-jurídica creo que el calificativo que mas le cuadra es el de artificiosa y por derivación, oscura. De entrada se está diciendo si y no al mismo tiempo: se pueden enajenar determinados bienes demaniales pero realmente esto no es así porque los bienes demaniales cuya enajenación se autoriza resulta que ya no eran tales, pues la autorización de su venta los ha privado de su primitiva condición. Se percibe así la clásica cuestión circular: no se puede enajenar los bienes demaniales, pero como al enajenarlos dejan de ser demaniales, resulta que no se vulnera la prohibición y, por tanto, se respeta la Constitución. De esta forma todos contentos. En el fondo no hay otra cosa que el carácter de simple formalidad a que ha quedado reducida la calificación de un bien como demanial. Desvinculada esta categoría de un sustrato material preciso, como ha puesto de manifiesto su carácter expansivo a que me refería al comienzo de este trabajo, se la puede atribuir a cualesquiera tipo de bienes materiales o inmateriales y, una vez ahí, todo vale para hacerla funcionar hasta el punto de afirmar que son inalienables al tiempo que se venden. Todo es posible porque todo en el régimen de-

manial ha quedado reducido a formalidades que si no arbitrariamente, si se manejan sin mas límite que el puro voluntarismo legal, como se puede ver en el supuesto presente, en que si no hay vulneración de la prohibición de enajenar es justamente porque entendemos implícita en aquella el cese de la prohibición con el cese del carácter demanial y la transformación en patrimoniales de los bienes concernidos. Todo un perfecto galimatías, un monumento a la confusión, pero a pesar de todo, no seré yo quien arroje la piedra de la inconstitucionalidad. Pues, en efecto, la norma andaluza es fiel discípula de la contenida en el art. 142.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, ley estatal y básica en muchos preceptos, aunque no el citado. Es preciso reconocer que en este caso, una vez más, la discípula aventaja a la maestra pues la ley estatal se limita a configurar un supuesto de desafectación implícita en el acuerdo de enajenación de bienes demaniales muebles.

El reproche mas grave que, en mi opinión, se puede hacer a la medida que introducen las normas andaluzas, salvadas las cuestiones estrictamente formales a que he aludido es justamente su conservadurismo, su apego formal a modos de hacer tradicionales que finalmente se ven obligadas a abandonar y lo hacen por el postigo, de forma vergonzante, no a las claras y con transparencia. Me refiero al mantenimiento del carácter demanial de los inmuebles destinados a sede de las oficinas y servicios administrativos, cuando no hay ninguna razón en nuestro derecho positivo para ello y cuando, además, se dan las circunstancias para encontrar otras soluciones.

La ausencia de vinculaciones del derecho positivo conducentes a la declaración como demaniales de los inmuebles destinados a las finalidades mencionadas está más que clara en la actualidad. Si en el pasado la previsión de la Ley de patrimonio del Estado podía conducir a la idea de que tal determinación era de carácter básico, la claridad de la disposición final segunda, 2 de la ley 33/2003 no permite dudar de que la calificación contenida en su artículo 5. 3 tiene un alcance reducido únicamente al ámbito de la administración del estado y sus organismos vinculados o dependientes. Por tanto, el legislador andaluz está perfectamente habilitado para prescindir de ella y calificar estos inmuebles como patrimoniales. De esta manera quedaría plenamente despejada cualquier duda de constitucionalidad.

Pero, además, conviene notar que desde 1986, año de nuestra ley de patrimonio, hasta la actualidad las cosas han cambiado notablemente en el mundo de los bienes públicos, aunque ni la legislación estatal ni la autonómica hayan acabado de hacerse eco de cambios importantes. En concreto me refiero a

la aceptación de la categoría de los bienes patrimoniales afectados a un uso, servicio o función públicos que la doctrina y la jurisprudencia constitucional admiten sin particular escándalo. La aceptación de esta figura debió llevar a una modificación del párrafo primero de la disposición adicional modificada en los términos de calificar los bienes a que se refiere como patrimoniales afectados a esa concreta finalidad. Todo lo demás sería igual con la diferencia de la claridad, la transparencia y que se habría evitado una norma con una apariencia completamente contraria a su contenido.

Desde la STC 166/1998, de 15 de julio la posibilidad de los bienes patrimoniales afectados a una finalidad pública adquiere una consagración formal. No es este el momento de extenderse en fundamentaciones doctrinales, pero conviene traer a colación el importante cambio en la definición de los bienes patrimoniales de la ley 33/2003. Esta norma ya no define a estos por su no afectación, como había sido el criterio tradicional, sino que posiblemente por falta de reflexión y para salir del paso los define de una forma también negativa, pero aún más vacía. A partir de ahí los bienes patrimoniales no serán los de titularidad de la entidad pública no afectados al uso o servicio público, sino los de la misma titularidad que no posean la condición de demaniales. En conclusión, la afectación no es ya criterio de demanialidad, como se decía en el pasado, puesto que la misma se puede predicar de muchos bienes patrimoniales ¿no hubiera sido ésta una buena ocasión para calificar como patrimoniales afectados unos bienes, cuya demanialidad no es más que un arbitrio formal que tiene más inconvenientes que ventajas como, en último término, evidencia el subterfugio de la reforma?