



Justicia
Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa
Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. **Javier Barnés Vázquez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE HUELVA. **Antonio Embid Irujo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **Germán Fernández Farreres** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **Javier García Roca** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE VALLADOLID. **Francisco López Menudo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Ángel Menéndez Rexach** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. **Luis Ortega Álvarez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. **Manuel Rebollo Puig** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA. **Joaquín Tornos Mas** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2006

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A. General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
INTERNET	www.lexnova.es
ISSN	1139-4951
DEPÓSITO LEGAL	VA. 777/1998

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

PROPIEDADES PÚBLICAS

Sumario:

- Presentación** [5]
ANTONIO EMBID IRUJO
- Las cosas públicas y su régimen jurídico. (Examen de la noción de cosa pública y su clasificación desde una perspectiva subjetiva)** [7]
ELOY COLOM PIAZUELO
- El deslinde de los bienes públicos** [47]
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
- Las servidumbres administrativas** [77]
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
- Consideraciones sobre el acceso de los bienes públicos al Registro de la Propiedad** [107]
PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ
- Sobre el presupuesto de las tasas por utilización del dominio público** [141]
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
- A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa** [183]
ANTONIO EMBID IRUJO
- El espectro radioeléctrico. Delimitación conceptual y calificación jurídica en el Derecho español** [207]
CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA
- El patrimonio empresarial de la Administración General del Estado** [237]
ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN

Últimas novedades en la legislación minera

ELISA MOREU CARBONELL

[259]

La funcionalidad del patrimonio inmobiliario de la Administración Pública

HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO

[287]

El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico

JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA

[315]

Presentación

“Lo que es común a muchos obtiene un mínimo de cuidado. Pues todos se preocupan de sus cosas propias, y menos de lo común, o tan sólo en lo que les atañe.” (ARISTÓTELES, *Política*, Libro II, Capítulo III)

No se podrá acusar a los autores del volumen que el lector tiene ahora en sus manos, ni a los miembros del Consejo de redacción de la revista que han promovido su aparición, de seguir la máxima de Aristóteles con la que se encabeza esta breve presentación. Al contrario de lo que el pensador expresa –con realista y no antiguo sentido– nos hemos preocupado de lo común, porque nos atañe. Ello explica que se dedique el número anual especial de la revista *Justicia Administrativa* a las propiedades públicas. Es una muestra de la permanente importancia de las mismas pero que en este momento tiene especiales motivos para reverdecer en función de distintas novedades en el ordenamiento jurídico (Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas de 2003, Ley de Montes de 2003 modificada en 2006, modificaciones en el Texto refundido de la Ley de Aguas de 2003, 2005 y nuevas anunciadas en el mismo, así como de la aplicación del concepto de dominio público o –en términos más amplios– de propiedad pública a nuevas realidades, como el espacio radioeléctrico o los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, etc.), y de una situación, en general, de insatisfacción en relación a las necesidades sociales nuevas y cambiantes, que es dable observar en la mayor parte de los regímenes jurídicos sobre las propiedades públicas que se consulten.

El volumen es una afirmación de la importancia de las cosas comunes pero, al tiempo, constituye en sí mismo una frustración por lo inabarcable de la tarea y las necesarias limitaciones que un número extraordinario de una revista lleva consigo. Prometemos volver en otra ocasión al trabajo con vocación más monográfica pero, hasta que eso llegue, vayan aquí unas reflexiones de “teoría general” y otras dedicadas a ciertos sectores de las propiedades públicas que en todos los casos están construidas usando de los más recientes materiales normativos, bibliográficos y jurisprudenciales, con propuestas cuya calidad y utilidad corresponde juzgar al lector. Si en algo sirven estas líneas para poner un punto suspensivo en la continuada “tragedia de los comunes”, todos los que tenemos algo que ver con esta publicación nos daremos por satisfechos.

En Zaragoza, a dieciocho de mayo de 2006.

Antonio EMBID IRUJO

Las cosas públicas y su régimen jurídico

(Examen de la noción de cosa pública y su clasificación desde una perspectiva subjetiva)*

ELOY COLOM PIAZUELO

Profesor Titular de la Universidad
de Zaragoza

Resumen

LAS COSAS PÚBLICAS Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

Las cosas públicas pueden estudiarse desde la perspectiva objetiva y subjetiva. La primera se centra en el análisis de la función pública que cumplen y la segunda en su titularidad y régimen jurídico. Partiendo de la perspectiva subjetiva, en el presente artículo se analizan las diversas categorías de cosas públicas y, en particular, las cosas

comunes, los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales. Con el fin de facilitar su comprensión también se examinan los conceptos de cosa y la clasificación de las mismas y se hace referencia a los precedentes de las categorías actuales tanto en nuestro Derecho como el Derecho romano, francés e italiano.

Abstract

THE PUBLIC THINGS AND THEIR JURIDICAL REGIME

The public things can be studied from the objective and subjective perspective. The first one focusses in the analysis of their public function and the second one in their ownership and juridical regime. Leaving from the subjective perspective, in the present article are analyzed the different categories of public things and, in particular,

the common things, the property of public domain and the patrimonial possessions. With the purpose of making easy its understanding the concepts of thing and their classification are also examined and a reference is made to the precedents of the current categories so in our Right as in Roman, French and Italian Right.

(*) El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEC2003-08643/JUR INFRAESTRUCTURAS, VALORES PÚBLICOS Y MEDIO AMBIENTE.

Sumario:

I. Introducción. Las perspectivas subjetiva y objetiva del estudio de las cosas públicas. Necesidad de partir de la perspectiva subjetiva para determinar el régimen jurídico de las cosas públicas. II. **La noción jurídica de cosa utilizada en la perspectiva subjetiva del estudio de las cosas públicas.** A) La noción jurídica de cosa antes de la aprobación del Código Civil: existencia de una noción amplia que comprende tanto las susceptibles de apropiación como las que no son apropiables. Propuestas de reforma. B) La noción jurídica de cosa después de la aprobación del Código Civil: existencia de una noción amplia que comprende tanto las susceptibles de apropiación como las que no son apropiables. III. **La clasificación de las cosas desde la perspectiva subjetiva del estudio de las cosas públicas.** A) Los precedentes de la clasificación de las cosas en nuestro Derecho: la clasificación de las cosas en el Derecho romano y su recepción y reelaboración en el Derecho francés y en el Derecho italiano. a) La clasificación de las cosas en el Derecho romano: los diversos conceptos de *res publicae*. b) La reelaboración de la clasificación de las cosas del Derecho romano en el Derecho francés: los diversos conceptos de dominio público. c) La reelaboración de la clasificación de las cosas del Derecho romano y del Derecho francés en el Derecho italiano: los diversos conceptos de dominio público. B) La clasificación de las cosas en nuestro Derecho: la clasificación de las cosas contenida en las Partidas y el Código Civil de 1889. a) La clasificación de las cosas en las Partidas. Propuestas de reforma. b) La clasificación de las cosas en el Código Civil. Modificaciones posteriores. IV. **Examen de las cosas que están sometidas a un régimen jurídico especial regulado por el derecho público: las cosas comunes, los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales afectos a servicios públicos y funciones públicas.** A) Las cosas comunes. B) Los bienes de dominio público de las Administraciones públicas. C) Los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas afectos a servicios públicos y funciones públicas.

I. INTRODUCCIÓN. LAS PERSPECTIVAS SUBJETIVA Y OBJETIVA DEL ESTUDIO DE LAS COSAS PÚBLICAS. NECESIDAD DE PARTIR DE LA PERSPECTIVA SUBJETIVA PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COSAS PÚBLICAS

El análisis jurídico de las cosas públicas puede realizarse desde diversas perspectivas. Así, cabe realizarlo desde las perspectivas objetiva y subjetiva. La elección de una u otra no es indiferente, puesto que las bases en las que se fundamenta cada una y los fines que per-

siguen son totalmente distintos. De ahí que cualquier estudio sobre los bienes públicos en la actualidad deba advertir previamente de cuál de ellas se parte. En el presente trabajo se opta por la perspectiva subjetiva, dado que se considera que es la más adecuada para un análisis del régimen jurídico de las diversas categorías de cosas públicas¹. No obstante, es preciso explicar las razones que han llevado a esta elección. Con el fin de facilitar la exposición se expondrán previamente en el presente epígrafe las características principales de ambas perspectivas y las consecuencias que de las mismas se derivan.

La primera de las perspectivas desde las que es posible abordar el estudio de las cosas públicas es la objetiva. Para la misma tiene una importancia menor quién es el propietario del bien y su régimen jurídico. Lo relevante primero es determinar la función pública configurada y protegida por la norma. De esta forma, por ejemplo, para la Ley de Carreteras la función pública reside en asegurar la existencia de unas vías de comunicación con todos los servicios complementarios que sean necesarios, o para la Ley de Montes la conservación de los montes. Concretada la función pública, después en segundo lugar lo importante es seleccionar las técnicas jurídicas más adecuadas para hacerla efectiva. Técnicas diversas que pueden conllevar un mayor o menor grado de intervencionismo por parte de la Administración. Así, por ejemplo, puede estimarse necesario que la Administración sea titular del bien y se configure como dominio público o patrimonial, o puede considerarse suficiente la imposición de una servidumbre sobre el dominio particular o la configuración de una limitación sobre la propiedad privada para asegurarse el cumplimiento del fin público. Técnicas que no son incompatibles entre sí, puesto que la legislación en numerosas ocasiones utiliza varias simultáneamente².

La perspectiva objetiva que se acaba de examinar se centra en identificar la función pública y en seleccionar las técnicas de intervención más adecuadas para hacer efectiva la función. Sin embargo, la misma resulta insuficiente si se quiere analizar el régimen jurídico de cada una de esas técnicas y, en particular,

**EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO COSA
ES LA FUNCIÓN PÚBLICA
CUYA RESPONSABILIDAD
SE ATRIBUYE
A LA ADMINISTRACIÓN**

(1) También en Derecho italiano se diferencia un criterio objetivo y subjetivo en el estudio de las propiedades públicas y desde el punto de vista del análisis del régimen jurídico se ha señalado la insuficiencia del criterio objetivo. Vid., por ejemplo, R. GALLI, *Corso di Diritto amministrativo*, CEDAM, Milán, 1991, págs. 223 y 2245. Vid. también F. CARINGELLA, *Diritto amministrativo*, 16ª ed., Edizioni Giuridiche Simona, Nápoles, 1999, pág. 605.

(2) Por ejemplo, en la Ley de Costas se regulan las costas y para asegurar su correcta conservación y utilización se utilizan diversas técnicas: atribución de la propiedad de las costas a la Administración y configuración de las mismas como dominio público; constitución y asunción de la titularidad por parte de la Administración de servidumbres constituidas sobre los terrenos particulares contiguos a la ribera del mar; e imposición de limitaciones a las propiedades particulares contiguas a la ribera del mar.

de las técnicas que conllevan la atribución de la propiedad o derechos reales a la Administración. Precisamente, para esta segunda perspectiva, que se puede denominar subjetiva, lo relevante es analizar los diferentes estatutos jurídicos de las cosas públicas. En consecuencia, lo importante es examinar el régimen jurídico del dominio público, los bienes patrimoniales o las servidumbres públicas. Análisis detallado que no se lleva a cabo en la perspectiva objetiva de las cosas públicas, puesto que ésta última se centra en la determinación de la función pública y selección de las técnicas de intervención apropiadas.

Teniendo en cuenta lo expuesto, en el presente estudio se partirá de la perspectiva subjetiva de las cosas públicas. Por tanto, se procederá a identificar cada una de las cosas públicas y a determinar su régimen jurídico. Pero para realizar esta identificación previamente es necesario examinar el concepto jurídico básico de cosa, puesto que el alcance que tenga en nuestro Derecho determinará las diversas clases de cosas. Tanto el concepto de cosa como la clasificación de las mismas serán objeto de atención especial en el presente estudio.

La identificación de las perspectivas objetivas y subjetivas en el examen de las cosas públicas debe acompañarse de otra precisión importante: ambas perspectivas utilizan los términos “cosa” y “dominio público” con un significado diferente³. Conceptos distintos que es preciso exponer, puesto que en el presente estudio se alude exclusivamente al sentido de dichos términos en la perspectiva subjetiva.

En concreto, en la perspectiva objetiva el centro de atención reside en el fin público que la Administración debe garantizar y cuya efectividad requiere la utilización de diversas técnicas, tal y como se indicó con anterioridad. Partiendo de esta premisa, se va a afirmar que el concepto de cosa en Derecho administrativo es diferente del concepto de cosa en el ámbito del Derecho civil. Mientras que en este último son cosas los diversos objetos materiales o inmateriales, en el Derecho administrativo cosa es la función pública cuya responsabilidad se atribuye a la Administración. Este concepto básico de cosa propio del Derecho público predetermina lo que se entiende por cosas de dominio público en este mismo ámbito. Así, se afirma que el objeto del dominio público es la función pública y que es un título causal de intervención. Es el denominado concepto funcionalista del dominio público. En definitiva, los conceptos de cosa y dominio público expuestos son propios del Derecho administrativo y, en particular, de la perspectiva objetiva del análisis de las cosas públicas, y para examinar su alcance no pueden utilizarse sin la debida adaptación los conceptos de Derecho civil y, en especial, los de propiedad o incluso la noción de bienes de dominio público a la que alude el Código Civil⁴.

(3) Esa dualidad de significados de los términos “dominio público” ha sido señalada por L. PAREJO ALFONSO, “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, RAP núm. 100-102 (1983), vol. III, pág. 2416. En concreto, ha indicado que el dominio público es una técnica de atribución de títulos causales de intervención del poder público administrativo; y, por otra parte, también es un régimen jurídico exorbitante para la exención del orden jurídico-civil ordinario a fin de proteger la función pública correspondiente.

(4) El concepto de dominio público utilizado desde la perspectiva objetiva puede apreciarse en numerosos autores en la actualidad. Entre ellos debe destacarse L. PAREJO ALFONSO, *Dominio público*, op. cit., págs. 2379 y ss. Al tratarse de un título de intervención, puede manifestarse esa intervención en una limitación del dominio privado, una servidumbre pública, un bien patrimonial o un bien de la Administración fuera del comercio, es decir, dominio público desde la perspectiva

En cambio, las nociones de cosa y dominio público utilizadas en la perspectiva subjetiva tienen un alcance diferente. Dado que lo que se persigue es estudiar el régimen jurídico de las diferentes clases de cosas, se va a partir de los conceptos propios de Derecho civil. Esto significa que en la noción de cosa se comprenden todos los objetos materiales e inmateriales y que algunas de estas cosas se califican como dominio público. Y, por tanto, los bienes de dominio público son las cosas cuya titularidad o dominio pertenece a la Administración y se encuentran fuera del comercio. Es el denominado concepto patrimonialista del dominio público, en el que las notas de propiedad y titularidad de una Administración y su exclusión del comercio son elementos imprescindibles⁵.

De lo que se acaba de exponer se deduce que los conceptos de “cosa” y “dominio público” tienen un significado diverso en las perspectivas objetiva y subjetiva del estudio de las cosas públicas. Significados que no pueden confundirse, aunque reciban la misma denominación. En el presente trabajo, en la medida en que se examina la perspectiva subjetiva de la teoría de las cosas públicas, se partirá de los conceptos de cosa y dominio público existentes en el Derecho civil y propios de la perspectiva subjetiva. No se hará referencia a la concepción funcionalista del dominio público por estar vinculada a la visión objetiva de las propiedades públicas, que es ajena al punto de vista del presente trabajo. Pero antes de analizar la noción de dominio público a la que se acaba de aludir previamente es necesario profundizar en el alcance del concepto de cosa propio del Derecho privado en el apartado siguiente (II) con el fin de posteriormente examinar en apartados específicos la clasificación de las cosas (III) y las diversas categorías de cosas públicas y su régimen jurídico (IV).

II. LA NOCIÓN JURÍDICA DE COSA UTILIZADA EN LA PERSPECTIVA SUBJETIVA DEL ESTUDIO DE LAS COSAS PÚBLICAS

En el apartado anterior se ha indicado que el estudio de las cosas públicas desde la perspectiva subjetiva requería previamente examinar lo que se entiende por cosa jurídicamente. Noción de cuyos límites y características dependen las diversas clases de cosas admitidas en nuestro Derecho.

En relación con el alcance de la noción de cosa debe indicarse en primer lugar que se consideran como tales tanto las materiales como las inmateriales. En este sentido, el concepto de cosa no se restringe en el artículo 333 del Código Civil a las materiales. En dicho precepto se dice que todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. En coherencia con dicha regulación, por

subjetiva. Este concepto de dominio público examinado también se denomina concepto funcionalista del dominio público, en el que lógicamente es irrelevante o secundario quién es el propietario del bien.

(5) El concepto de dominio público utilizado desde la perspectiva subjetiva puede apreciarse en numerosos autores en la actualidad. Entre ellos debe destacarse a F. SAINZ MORENO, “Artículo 132. Dominio público, patrimonio del Estado y patrimonio nacional”, *Comentarios a las Leyes políticas. Constitución española de 1978*, tomo X, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1998, págs. 181 y ss., y amplia bibliografía allí citada; y del mismo autor “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública”, *RAP*, núm. 150 (1999), págs. 477 y ss.

ejemplo, se regula en los artículos 428 y 429 del Código la propiedad intelectual. Dichas cosas inmateriales se rigen por el propio Código y por la legislación sectorial.

La admisión tanto de las cosas materiales como inmateriales dentro del concepto de cosa contenido en el Código Civil no ha supuesto una novedad. Así, con anterioridad al citado Código ya se aceptó que se integraran en la noción de cosa las inmateriales o incorpóreas⁶.

Desde otro punto de vista, se va a plantear si se consideran cosas tanto las susceptibles de apropiación como aquellas que no lo son. Duda que surge, al hacer referencia el artículo 333 del Código Civil exclusivamente a aquellas que pueden apropiarse. Recordemos que en este artículo se dice que todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. Requisito de apropiación que no se aprecia en ciertos objetos como el espacio aéreo, el mar, etc., por lo que no entrarían dentro del ámbito de aplicación del citado precepto, y en cambio se aprecia en otros como en las carreteras, montes, etc., que pueden ser apropiados por la Administración.

La característica de la susceptibilidad de apropiación resulta relevante para el examen de las cosas públicas desde la perspectiva subjetiva. Así, esta nota nos permite diferenciar los poderes de la Administración sobre las cosas que no son susceptibles de apropiación de aquellas otras que lo son. De ahí que a continuación se examine la razón por la cual el artículo 333 del Código se refiere exclusivamente a las cosas apropiables. Para ello primero se expondrá en un apartado específico la noción de cosa antes del Código Civil (A) y, posteriormente, el concepto de cosa desde la aprobación del citado Código (B).

A) La noción jurídica de cosa antes de la aprobación del Código Civil: existencia de una noción amplia que comprende tanto las susceptibles de apropiación como las que no son apropiables. Propuestas de reforma

Como se ha indicado anteriormente, en el artículo 333 del Código Civil no se alude expresamente a las cosas insusceptibles de apropiación. En consecuencia, se ha planteado si esta falta de mención responde a que se quería un concepto restringido de cosa o, en realidad, esa ausencia de referencia obedece a que el Código no quería definir genéricamente lo que se entendía por cosa, sino indicar las cosas que quedaban reguladas por el mismo.

(6) Con anterioridad a la aprobación del Código Civil y durante el siglo XIX, la noción de cosa se encontraba recogida en las Partidas. De acuerdo con la Partida 3ª, Título 30, Ley 1, los diversos autores defendieron que dentro de este concepto de cosa se integraban las cosas o bienes incorporales, entre las que se contenían las creaciones de la actividad espiritual, producciones científicas y artísticas, invenciones, etc. Entre otros, pueden mencionarse ESCRICHE, voz "Bienes corporales e incorporales", *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1838, pág. 573; o del mismo autor, voz "Cosa", *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1847, pág. 606; ESCOSURA, voz "Bienes corporales e incorporales", *Diccionario universal de Derecho español*, tomo I, Madrid, 1852, pág. 781; L. ARRAZOLA, voz "Bienes", *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, tomo VI, Madrid, 1853, págs. 499 y ss., y B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 4ª ed., tomo II, Madrid, 1875, pág. 3.

La indefinición contenida en el Código Civil responde al debate existente en nuestro Derecho sobre la noción de cosa durante el siglo XIX. En este sentido, puede señalarse que las normas que estaban vigentes antes del Código Civil y estaban inspiradas en el Derecho romano partían de una noción amplia de cosa. Noción que comprendía las cosas susceptibles e insusceptibles de apropiación. Este concepto fue objeto de críticas y se propuso su sustitución por uno restringido. Sin embargo, no existió unanimidad en las propuestas que se realizaron. Por eso, el Código Civil no definió expresamente lo que se entendía por cosa y se limitó a señalar las cosas reguladas por el mismo.

En concreto, los autores de principios del siglo XIX partían de la noción de cosa contemplada en las Partidas de Alfonso X. Noción que era considerablemente amplia y comprendía tanto las apropiables como las no apropiables. Por ejemplo, SALA decía que el nombre de cosa era generalísimo, pues comprendía a cuanto había en el mundo, pero aquí se tomaba por aquello que no siendo persona ni acción podía ser de algún útil o comodidad al hombre⁷; o como indicaba TAPIA, el uso o utilidad podía corresponder por derecho divino o humano, natural o civil, público o privado⁸.

Este concepto amplio de cosas llevó a que se comprendieran objetos muy diferentes dentro del mismo. Sin perjuicio de lo que se indique en un apartado posterior, en la doctrina, siguiendo la Ley 2, Título 28, Partida 3^a, se clasificaron las cosas en cinco especies: cosas comunes, que eran las que pertenecían a las aves, bestias y todas las otras criaturas que vivían para poder usar de ellas también como los hombres (el aire, aguas de lluvia, el mar y su ribera); cosas públicas, que eran las que pertenecían tan sólo a todos los hombres (ríos, puertos, caminos); cosas de Concejo o Universidad, que pertenecían apartadamente al común de alguna Ciudad, o Villa o Castillo o de otro lugar cualquiera donde los hombres moraban (propios y comunales); cosas particulares, que eran las que pertenecían señaladamente a cada hombre para poder ganar o perder el señorío de ellas; y cosas que no pertenecían a señorío de ningún

**ANTES DE LA APROBACIÓN
DEL CÓDIGO CIVIL EXISTÍA
UNA NOCIÓN AMPLIA
DE COSA EN LA QUE SE
INCLUÍAN TANTO
LAS COSAS
APROPIABLES COMO
LAS INAPROPIABLES**

(7) Vid. J. SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, tomo I, Valencia, 1803, pág. 95. En un sentido similar, J.M. PALACIOS, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1806, pág. 124.

(8) Vid. E. TAPIA, *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo I, Valencia, 1828, pág. 259. Sigue también la clasificación de las cosas en humanas y divinas F. GARCÍA GOYENA, y J. AGUIRRE, *Febrero*, tomo I, 4^a ed., Madrid, 1852, págs. 177 y ss.

hombre ni eran contadas entre sus bienes (cosas de Derecho divino que se dividían en sagradas, religiosas y santas)⁹.

Esta noción de cosa y su clasificación, fundamentada en las Partidas, se defendió por diversos autores posteriormente en el siglo XIX hasta la aprobación del Código Civil¹⁰. Concepto amplio que estaba influenciado por el Derecho romano y, en particular, por las Instituta de JUSTINIANO, tal y como se señaló por la doctrina de la época¹¹.

La noción amplia de cosa que se acaba de exponer y que tenía su fundamento en las Partidas y su correspondencia con el Derecho romano se consideró inadecuada por una parte de la doctrina y se propuso superarla. No obstante, no existió una propuesta única. Entre ellas cabe resaltar aquellas propuestas contenidas en obras de Derecho civil y aquellas otras incluidas en manuales de Derecho administrativo.

En particular, en el ámbito de la disciplina de Derecho civil algunos autores propugnaron la identificación del concepto de cosa con uno de los cinco grupos que antes se enumeraron: las cosas de particulares. Esa reducción respondía a que el Derecho civil tenía por objeto precisamente las cosas de particulares y no las restantes cosas. Desde este punto de vista, por ejemplo, algún autor afirmó que por cosa entendía todo lo que podía constituir el patrimonio de los hombres y comprendía aquí más que las que eran susceptibles de propiedad privada; y a continuación indicó que efectivamente, en el Derecho civil las palabras cosa y propiedad parecían tan ligadas, que no atinaba a separarlas y las que ni estaban ni podían estar en el comercio de los hombres, por ser de toda la especie, o indispensables para los usos de un pueblo serían objeto del Derecho público o del código administrativo, pero no del civil¹².

Esta noción restringida de cosa no era mayoritaria en el Derecho civil, puesto que a este concepto otros autores lo denominaron bien y reservaron el término “cosa” para la definición amplia de la misma contenida en las Partidas y que se expuso con anterioridad¹³.

Al margen de la noción de cosa restringida que aparecía en las obras de Derecho civil, en las obras y manuales de Derecho administrativo podía apreciarse otra noción de cosa

(9) Vid. sobre el alcance de cada una de estos cinco grupos de cosas las consideraciones realizadas por J. SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, tomo I, Valencia, 1803, págs. 95 y ss.; J.M. PALACIOS, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1806, págs. 125 y ss.; E. TAPIA, *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo I, Valencia, 1828, págs. 260 y ss.; y F. GARCÍA GOYENA, y J. AGUIRRE, *Febrero*, tomo I, 4ª ed., Madrid, 1852, págs. 177 y ss.

(10) En este sentido, GUTIÉRREZ, *Códigos fundamentales*, tomo II, 2ª ed. Madrid, 1868, pág. 17, señaló que la clasificación de las cosas tomaba como base el plan de las leyes de Partida, al no presentar los demás códigos españoles una división científica de las cosas, bajo cuyo aspecto, y no más, podía haberse transcrito al código alfonso el plan y clasificación de las Instituta. Vid. también J. SALA, *Sala adicionado*, tomo I, Valencia, 1844, págs. 101 y ss.; y F. GARCÍA GOYENA, y J. AGUIRRE, *Febrero*, 4ª ed., tomo I, Madrid, 1852, pág. 178.

(11) Vid. GUTIÉRREZ, *Códigos fundamentales*, tomo II, 2ª ed., Madrid, 1868, pág. 17.

(12) Vid. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal*, tomo I, 2ª ed., Madrid, 1843, pág. 189. Esta reducción del ámbito de aplicación del Derecho civil también fue destacada por FALCÓN, *Derecho civil español*, tomo I, Salamanca, 1878, págs. 416 y 417; o F. GARCÍA GOYENA y J. AGUIRRE, *Febrero*, tomo I, 4ª ed., Madrid, 1852, pág. 178.

(13) Vid. FALCÓN, *Derecho civil español*, tomo I, Salamanca, 1878, págs. 416 y 417.

cuyo alcance no coincidía ni con la contenida en las Partidas ni con la restringida antes expuesta. Era un concepto en el que el elemento de pertenencia o propiedad a un ente público o a un particular era esencial. No obstante, el centro de atención en dichos estudios se fijaba fundamentalmente en aquellas pertenecientes a los entes públicos, al ser precisamente el objeto especial de la disciplina administrativa. Esto último explica que no se analizaran de forma particular las cosas comunes ni las cosas de Derecho divino, propias del Derecho internacional y del canónico¹⁴.

Por ejemplo, COLMEIRO afirmó que la palabra cosa significaba cuanto existía en el mundo exterior fuera de las personas, y expresaba una idea más lata que riqueza en sentido económico y propiedad en su acepción legal; toda propiedad o riqueza era una cosa, pero no toda cosa constituía riqueza o propiedad; tal era la definición recibida por los jurisconsultos, si bien se habría de eliminar aquellas cosas que nunca fueron apropiadas, ni se consideraban útiles para satisfacer necesidad alguna, como objetos totalmente extraños a la Administración¹⁵. Por tanto, el citado autor sólo analizaba las cosas que correspondía en plena propiedad a la nación, que se subdividían en bienes de dominio público y del Estado; las propiedades o bienes de las corporaciones; y los bienes de particulares. Sin embargo, esta última categoría de cosas particulares tampoco era estudiada completamente por ser objeto de Derecho civil, sino sólo aquellos aspectos que cayeran bajo el imperio de la Administración.

De lo expuesto hasta estos momentos se deduce que antes de la aprobación del Código Civil existía una noción amplia de cosa en la que se incluían tanto las cosas apropiables como inapropiables y que existían propuestas para reducir esta noción. Junto a esta noción existían en algunas obras de Derecho civil y administrativo otros conceptos restringidos de cosa. Discusión sobre el concepto de cosa que no se apreciaba exclusivamente en nuestro Derecho, sino que también podía comprobarse en otros ordenamientos jurídicos¹⁶. Es precisamente en este marco en el que se aprobó el Código Civil de 1889 y lo que explicaría que no se definiera lo que se entendiera por cosa en el mismo, sino que se limitase a señalar que el Código regulaba las cosas apropiables, remitiéndose a otras normas en lo que afectaba a las cosas no susceptibles de apropiación.

(14) Además, una de las razones que podía explicar que la atención se centrara en las pertenecientes a los entes públicos pudo residir en que algunas de las cosas comunes más importantes se convirtieron en cosas de titularidad de las Administraciones públicas. Por ejemplo, según las Partidas, las riberas del mar y el mar territorial se consideraban como cosas comunes, en cambio la doctrina propuso la inclusión de las riberas dentro de las cosas públicas, es decir, de titularidad de la nación. En este sentido, por ejemplo, MARTÍNEZ ALCUBILLA, voz "Bienes públicos", *Diccionario de Administración*, tomo II, Madrid, 1858, pág. 464, afirmó que las leyes de Partida decían que el mar y su ribera eran cosas que pertenecían comunalmente a todas las criaturas; la alta mar, en efecto, no era de naturaleza que pudiera el hombre apropiársela, pero en cuanto a las radas, bahías y costas del mar era de derecho de gentes que pertenecían incontestablemente a la nación de que formaban parte, por lo que entraban estas cosas en la primera división o categoría (bienes públicos de la nación). Tal planteamiento con posterioridad se recogió en la Ley de Aguas de 1866.

(15) Vid. M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, tomo II, Madrid, 1850, págs. 5 y 6. En un sentido similar ARRAZOLA, voz "Bienes", *Enciclopedia*, op. cit., 1853, págs. 523 y ss. Es más este último autor en voz "Bienes comunes", pág. 533, defendió que la definición tradicional de bienes comunes que antes se había expuesto no podía ser admitida en el estado actual de las naciones y de nuestra legislación. Esta misma reducción de la noción de cosa podía apreciarse en otros autores, si bien no se justificó la misma. Por ejemplo, SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1885, págs. 250 y 526 y ss., se limitó a estudiar la clasificación de la propiedad en pública y privada, centrando su atención en la propiedad pública.

(16) Vid., en relación con los diferentes conceptos de cosa, "Les biens et les choses en droit", *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 24 (1979).

B) La noción jurídica de cosa después de la aprobación del Código Civil: existencia de una noción amplia que comprende tanto las susceptibles de apropiación como las que no son apropiables

En el artículo 333 del Código Civil se dice que todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. Esta regulación fue interpretada por diversos autores nada más aprobarse el Código como una renuncia por parte del mismo a definir genéricamente lo que se entendía por cosa. En este sentido, por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN afirmó que ni una ni otra palabra, refiriéndose a los términos “bienes” y “cosas”, tenían fijado su concepto ni definición en el Código, como en algunos extranjeros se había hecho, si bien en otros se había prescindido de establecerlos; porque en esto la práctica legislativa había sido muy varia, y en realidad era un concepto doctrinal cuya ausencia del Código no era censurable, aunque no concordaba con el criterio seguido en otras materias, definiendo ideas de carácter menos general que ésta, y de sentido tan conocido como el de aquella noción¹⁷. O como posteriormente indicó VALVERDE, el Código no definía lo que se entendía por cosa o bien por dejar sin duda a la doctrina su concepto, o acaso para comprender, con razón, que era peligroso en los Códigos definir las instituciones¹⁸.

La inexistencia de un concepto de cosa o bien en el Código ha dado lugar a diversas interpretaciones de lo que se entiende por tales. Interpretaciones que han tenido en cuenta la regulación contenida en el artículo 333 del Código Civil. Así, una parte de la doctrina ha propuesto un concepto de cosa restringido que conlleva que sólo se consideran como tales las susceptibles de apropiación y que supone identificar dicha noción con el supuesto previsto en el citado artículo 333. En cambio, otra parte de la doctrina ha propuesto un concepto amplio de cosa en el que se comprenden tanto las cosas insusceptibles de apropiación como las apropiables del artículo 333.

Por lo que respecta al concepto restringido de cosa, el mismo puede apreciarse en una parte de la doctrina civilista, al comentar el citado artículo 333 del Código. Por ejemplo, se afirmó por los Redactores de la Revista de Legislación que en una acepción amplia todo lo que existía en la naturaleza, fuera del hombre, era una cosa, fuera corporal o incorporeal; en sentido estricto los objetos corporales y en el Código Civil la clasificación de las cosas se refiere a todos los que se pueden ser objeto de apropiación¹⁹. De forma similar se pronunció DE BUEN²⁰.

Esa interpretación literal del artículo 333 del Código Civil ha llevado a examinar los diversos requisitos exigidos por el citado artículo para considerar como tal una cosa y, en particular, la nota de la apropiabilidad. Por ejemplo CASTÁN, después de afirmar que por cosa se entendía toda entidad, material o inmaterial, que tuviera una inexistencia autó-

(17) Vid. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1889-1890, pág. 504.

(18) Vid. VALVERDE, *Tratado de derecho civil español*, tomo I, 3ª ed., Valladolid, 1925, pág. 402.

(19) Vid. Redactores de la Revista de Legislación, *Derecho civil común*, Reus, Madrid, 1936, págs. 103 y 104.

(20) Vid. DE BUEN, *Derecho civil común*, vol. I, 3ª ed., Reus, 1936, Madrid, págs. 103 y 104.

noma y pudiera ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacer una utilidad generalmente económica, describía los requisitos y entre ellos mencionaba la apropiabilidad o lo que era igual, que fuera capaz de una sumisión jurídica al titular²¹. Precisamente, por faltar este requisito el citado autor no consideraba como tales las que se sustrajeran por su lejanía, su profundidad o su inmensidad al señorío del hombre (sol, estrellas, océano, centro de la tierra) y, en general, las que en el Derecho romano y civil se habían venido llamando cosas comunes. Requisito de la apropiabilidad que puede apreciarse en otros autores civilistas²².

Frente a este concepto restringido de cosa fundamentado en la literalidad del artículo 333 del Código, otra parte de la doctrina civilista, así como diversos autores administrativistas, han defendido un concepto amplio de cosa que comprenda las cosas insusceptibles de apropiación y las apropiables y que está regulado en el citado artículo 333 y en la legislación sectorial.

Por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN afirmó que el silencio del Código acerca de las cosas comunes respondía, sin duda, a que la clasificación general se concretaba a las que podían ser objeto de apropiación, pero el Código había olvidado que el aprovechamiento o uso de dichas cosas comunes necesitaba reglamentación legal que conservase su naturaleza, regulase la libertad humana y evitase el agravio al derecho de los demás; por tanto, deberían reputarse vigentes las leyes anteriores que a este asunto se refieran²³. BURÓN afirmó que el Código Civil prescindía de las cosas comunes porque hallándose regidas por el Derecho administrativo e internacional no constituían materias propias de sus disposiciones; y simplificando la doctrina del antiguo Derecho en relación con la identidad de conceptos entre las públicas y las de universidad, establecía como división fundamental de las cosas por razón de las personas a quienes pertenecían en bienes de dominio público o de propiedad privada²⁴.

**EL DOMINIO PÚBLICO EN
NUESTRO ORDENAMIENTO
JURÍDICO SE CONFIGURA
COMO UNA RELACIÓN DE
PROPIEDAD Y NO COMO
UNA RELACIÓN DE PODER
O DE SOBERANÍA**

(21) Vid. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, 14ª ed., Reus, 1984, págs. 581 y ss.

(22) Exigen el requisito de la apropiación mencionado en el artículo 333 del Código, entre otros, L. DÍEZ PICAZO, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 159; M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo I, vol. II, Bosch, 1975, págs. 73 y 74; y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 773 y 774. Dicho requisito sigue exigiéndose en la actualidad. Vid. X. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, tomo I, EDERSA, 1992, págs. 404 y 405; J.L. LACRUZ, *Nociones de Derecho civil patrimonial*, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 105 y 106; y ALBACAR LÓPEZ y TORRES LANA, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, tomo II, Trivium, Madrid, 1991, pág. 4.

(23) Vid. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1889-1890, pág. 505.

(24) Vid. BURÓN, *Derecho civil español*, tomo II, Madrid, 1898, pág. 28. En un sentido similar, MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado*, tomo VI, Madrid, 1891, pág. 122.

De la misma forma se partía de una noción amplia de cosa en las obras de Derecho administrativo. Por ejemplo, GASCÓN Y MARÍN diferenció entre las cosas comunes, cuya utilización se realizaba por todos y que no eran objeto de apropiación, aunque en cierta medida fueran objeto de reglamentación, las cosas *nullius* y las cosas que eran objeto de propiedad pública o privada²⁵. O puede mencionarse también a ROYO VILLANOVA, quien distinguió entre cosas comunes, cosas públicas y propiedad privada²⁶ o a GARCÍA OVIEDO, quien diferenció entre bienes comunes, *nullius*, públicos y privados²⁷.

La aceptación de la noción amplia de cosa por parte de la doctrina no debe hacer olvidar que existe una diferencia considerable entre los autores inmediatamente posteriores a la aprobación del Código y el resto de la doctrina del siglo XX. Ello responde a la distinta configuración del concepto de dominio público desde la aprobación del Código. Así, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX las nociones de dominio público y soberanía estaban unidas. Esto supuso que las diversas cosas comunes que se encontraban dentro del territorio nacional se consideraran no como tales cosas comunes inapropiables y utilizables por cualquiera, sino cosas de dominio público, en las que se ejercitaba la soberanía del Estado y que eran reguladas por la Administración. Como ejemplo puede mencionarse el aire territorial o capa atmosférica que ciñe el territorio nacional o, incluso, el territorio mismo de la nación, que eran considerados como bienes de dominio público, al recaer sobre los mismos la soberanía del Estado²⁸.

Esa vinculación de los conceptos de dominio público y soberanía se superó en la primera mitad del siglo XX y desde entonces la noción de dominio público se ha articulado de acuerdo con las técnicas propias de los derechos reales. En correspondencia con estos cambios, deja de afirmarse que son bienes del Estado ciertos objetos sobre los que se ejerce la soberanía. De esta forma, por ejemplo, el espacio aéreo territorial no se configura como una propiedad del Estado, sino como una cosa común sobre la que se ejerce la soberanía del Estado²⁹.

Tal cambio de perspectiva fue destacado por FERNÁNDEZ DE VELASCO, quien fundamentándose en doctrina extranjera, entendió aplicable al dominio público la teoría de los derechos reales administrativos. En concreto, consideró que en el estudio de los bienes de dominio público debía seguirse el método usado normalmente por los juristas, según los cuales debía construirse una teoría de los derechos reales administrativos, análoga a la de los derechos reales civiles. Dicha teoría, continuaba diciendo el citado autor, se inició

(25) Vid. GASCÓN Y MARÍN, *Tratado elemental de Derecho administrativo. Principios y legislación española*, tomo I, Madrid, 1917, pág. 440.

(26) Vid. A. ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, 4ª ed., Valladolid, 1915, págs. 270 y ss.

(27) Vid. C. GARCÍA OVIEDO, *Derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1948, pág. 119.

(28) Vid. A. ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, 4ª ed., Valladolid, 1915, pág. 273; y V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*, 4ª ed., Madrid, 1894, págs. 516 y ss.

(29) En este sentido, GASCÓN Y MARÍN, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, tomo I, 2ª ed., Madrid, 1921, pág. 364, afirmó que había cosas comunes cuya utilización se realizaba por todos que no eran objeto de apropiación, aunque en cierta medida eran objeto de reglamentación; y entre ellas mencionaba el espacio territorial, en que se ejercía jurisdicción por el Estado limítrofe, reglamentando en cuanto a la aviación sobre cierta extensión territorial.

con MAYER, que la definió como la idea de la propiedad civil transportada al Derecho público y modificada en consecuencia, doctrina aceptada por HAURIOU que, es al decir de DUGUIT, el jurista francés que la había expresado con mayor precisión³⁰.

También esta modificación en la configuración del dominio público ha sido advertida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo, en la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1981 se afirma que el dominio público en nuestro ordenamiento jurídico, en el presente momento histórico, se configura como una relación de propiedad y no como una relación de poder o de soberanía, tal como proclama no sólo el Código Civil en sus artículos 338 a 345, sino también la Ley de Régimen Local, en sus artículos 182 y siguientes, doctrina también proclamada por el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 14 de febrero de 1957 y 10 de mayo de 1962, y matizada en el Dictamen de 14 de junio de 1969.

De lo expuesto en el presente apartado se deduce que existen diversos conceptos de cosa. Conceptos que no son incompatibles entre sí, puesto que dentro de la noción amplia de cosa puede diferenciarse la noción restringida de cosa. En la primera se comprenden tanto las cosas apropiables como inapropiables, mientras que en la segunda exclusivamente las apropiables³¹. En todo caso, el artículo 333 del Código alude exclusivamente a las apropiables, con independencia de la noción que se adopte de cosa.

III. LA CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS DESDE LA PERSPECTIVA SUBJETIVA DEL ESTUDIO DE LAS COSAS PÚBLICAS

Según se indicó en el apartado anterior, en nuestro Derecho se admite un concepto jurídico de cosa amplio. En consecuencia, quedan comprendidos dentro del mismo tanto las cosas materiales e inmateriales como las cosas apropiables y las insusceptibles de apropiación. Dado el alcance de esta noción en nuestro Derecho, es necesario proceder a clasificar las diversas clases de cosas con el fin de poder estudiar posteriormente el régimen jurídico de cada una de ellas. Precisamente, a la clasificación de las cosas se dedicará en el presente apartado.

(30) Vid. R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Resumen de Derecho administrativo*, tomo II, Barcelona, 1931, págs. 165 y 166.

(31) Con anterioridad al Código Civil también se diferenciaba entre los conceptos de cosa y bien, reservando el primero al que hemos denominado concepto amplio de cosa y el segundo a aquellas apropiables. Esta distinción se suprimió en el Código civil y se equipararon las nociones de cosas y bienes, aunque según se ha indicado han aparecido con posterioridad las nociones amplias y restringidas de cosas. Vid., sobre estas nociones antes y después del Código, FALCÓN, *Código civil español*, tomo II, Madrid, 1889, págs. 5 y ss.

Esta existencia de cosas diferentes de las apropiables también ha sido reconocida por aquellos autores civilistas defensores de la noción restringida de cosa. Por ejemplo, LASARTE, *Principios de Derecho civil*, tomo I, Trivium, Madrid, 1993, pág. 395, ha afirmado que los bienes tienen interés para el Derecho en cuanto resultan susceptibles de apropiación o de atribución a una persona determinada, pues evidentemente las cosas materiales que son de uso común y generalizado, en sí mismos considerados, no constituyen un bien autónomo (sol, lluvia, aire); ello no quiere decir evidentemente que no existan previsiones normativas básicamente relativas al medio ambiente que las protejan, sino que no son adecuadas para constituir de relaciones jurídicas y, por tanto, su consideración por parte de las normas jurídicas puede formar parte del supuesto de hecho pero no el objeto propio de la regulación de que se trate.

No obstante, antes de comenzar debe advertirse que la clasificación de las cosas que se va a exponer a continuación puede aplicarse a los objetos de dos formas diferentes. Así, por una parte, en un objeto pueden identificarse diversas utilidades y cada una de ellas calificarse de forma distinta. Por ejemplo, si se examina la propiedad verticalmente, la superficie puede ser de dominio particular, pero los recursos mineros y las aguas existentes en su subsuelo forman parte del dominio público estatal y el aire que hay sobre su superficie es una cosa común. En definitiva, se utilizan tres categorías: propiedad privada, dominio público y cosas comunes. O si se hace referencia al espacio existente sobre las fincas particulares, cabe descomponerlo en función de las utilidades que ofrecen: propiedad particular en cuanto suponga una proyección del aprovechamiento de la superficie; dominio público, por lo que respecta al dominio público radioeléctrico, y cosa común, por cuanto el aire no es susceptible de apropiación y puede ser utilizado por cualquier persona.

Junto a esta forma de aplicar la división de las cosas, existe otra que clasifica los diversos objetos considerados en sí mismos y de forma aislada. Por ejemplo, los ríos son bienes de dominio público estatal; las carreteras son bienes de dominio público de las diversas Administraciones públicas y las fincas colindantes con dichas vías normalmente son bienes de propiedad privada; el espacio aéreo es una cosa común no susceptible de apropiación, etc.

El diferente objeto al que puede referirse la división de las cosas debe tenerse en cuenta, puesto que en algunas ocasiones se ha pretendido calificar una cosa de forma unitaria, resultando imposible, al haber identificado el legislador diversas utilidades y cada una de ellas haberla considerado de forma distinta. En este sentido, por ejemplo, el espacio existente sobre la superficie de las fincas no puede calificarse de forma unitaria, sino que es necesario identificar y calificar autónomamente cada una de las utilidades existentes, tal y como se ha indicado anteriormente³².

Teniendo en cuenta la advertencia que se acaba de realizar, a continuación se examinará la clasificación de las cosas en nuestro Derecho y su evolución desde el siglo XIX. Sin embargo, es preciso señalar que dicha clasificación no puede comprenderse totalmente, si no se tiene en cuenta que la división está influenciada por el Derecho romano y los Derechos francés e italiano³³. De ahí que previamente se exponga brevemente los precedentes en estos dos ordenamientos jurídicos (A) y, posteriormente, se aluda a la clasificación en nuestro Derecho (B).

(32) Vid., por ejemplo, en relación con la naturaleza jurídica del espacio radioeléctrico, las consideraciones realizadas por M. FERNANDO PABLO, "Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad", *RAP*, núm. 143 (1997), págs. 129 y 130.

(33) En Italia, por ejemplo, TIEPOLO, *Dottrine compendiate sul testo degli articoli del Codice civile italiano*, vol. I, Roma, 1882, pág. 236, al comentar la división de los bienes en el Código civil italiano señaló esta misma relación con la clasificación del Derecho romano. En el mismo sentido, en Francia R. PELLOUX, *Le problème du domaine public*, París, 1935, págs. 132 y ss. En España esta influencia del Derecho romano ya fue advertida por F. CLAVERO ARÉVALO, "La inalienabilidad del dominio público", *RAP*, núm. 25 (1958), pág. 14. Así, este último autor afirma que aunque algunos autores sostengan que, después de los trabajos de BARKHAUSEN, no se puede dudar que la teoría del dominio público es una creación de la ciencia y de la jurisprudencia francesa, no hay que tomarla en un sentido tan riguroso que nos haga prescindir del examen de la situación de las cosas públicas en Roma.

A) Los precedentes de la clasificación de las cosas en nuestro Derecho: la clasificación de las cosas en el Derecho romano y su recepción y reelaboración en el Derecho francés y en el Derecho italiano

Como se ha indicado anteriormente, la clasificación de las cosas en el Derecho español no es posible comprenderla, si no se parte de la división de las cosas admitida en el Derecho romano y su reelaboración primero en el Derecho francés y, posteriormente, en el Derecho italiano. De ahí que a continuación se exponga en apartados diferentes la clasificación de las cosas en el Derecho romano (a), en el Derecho francés (b) y en el Derecho italiano (c). Examen que se realiza exclusivamente para comprender la formación de la clasificación de las cosas en nuestro Derecho en el siglo XIX. De ahí que se analicen de forma parcial dichos ordenamientos y, en particular, se limite al análisis de la división de las cosas en el siglo XIX.

a) La clasificación de las cosas en el Derecho romano: los diversos conceptos de *res publicae*

La clasificación de las cosas en el Derecho romano, tal y como se entendía en la primera mitad del siglo XIX, partía de una concepción amplia de cosa en la que se comprendían todos aquellos objetos que prestasen alguna utilidad, independientemente de su naturaleza y titular³⁴.

En el Derecho romano nos encontramos con dos cuerpos legales en los que se incluía una división de las cosas: el *Digesto* y las *Instituta* de Justiniano. Estos dos cuerpos legales partían de conceptos básicos similares, si bien existían diferencias entre ambos, como el criterio que se utilizaba para agrupar las diferentes categorías de cosas o la terminología utilizada.

En el *Digesto*, en su Título VIII del Libro I, las cosas se dividían en *res divini iuris* y *res humani iuris*. Dentro de las de Derecho divino, se distinguían las religiosas, santas y sagradas y, de las humanas, las privadas y las públicas o *res publicae*. En las públicas se comprendían las tres categorías siguientes: las comunes, públicas y de corporación. Junto a estas cosas existían otras para uso exclusivo de las corporaciones o del Estado, cuyos réditos

**EL CRITERIO UTILIZADO
EN LAS INSTITUTA DE
JUSTINIANO CONSISTÍA
EN QUE LAS COSAS
PODÍAN ESTAR DENTRO O
FUERA DEL COMERCIO**

(34) Vid., por ejemplo, M. ORTOLAN, *Explicación histórica de las Instituta*, tomo II, Madrid, 1847, p. 6.

entraban en la caja correspondiente. A éstas se las denominaba *patrimonium universitatis* o *civitatis* o también *peculium populi*³⁵.

Esta clasificación se modificó en el Título I del Libro II de las *Instituta* de Justiniano, dado que el criterio utilizado consistía en que las cosas podían estar dentro o fuera del comercio³⁶. Posteriormente, se distinguían cinco categorías: comunes; públicas o *res publicae*; de corporación o *res universitatis*; de nadie o *res nullius*, y de particulares o *res singulorum*³⁷. Los

(35) Esta división de las cosas estaba incluida en el Título VIII del Libro I del *Digesto*, como puede apreciarse a continuación, de acuerdo con la traducción del mismo realizada a finales del siglo pasado por GARCÍA DEL CORRAL (Vid. *Cuerpo del Derecho civil romano*, tomo I, Barcelona, 1889, págs. 30 y ss.):

“TÍTULO VIII.

De la división y cualidad de las cosas.

1. GAYO; *Instituta*, Libro II.— La capital división de las cosas se reduce a dos especies; porque unas son de derecho divino, y otras de derecho humano. Son de derecho divino, por ejemplo, las cosas sagradas y religiosas. También las cosas santas, como los muros y las puertas, son en cierto modo de derecho divino. Mas lo que es de derecho divino, no está en los bienes de nadie; pero lo que es de derecho humano, está las más de las veces en los bienes de alguno; puede, no obstante, no estar tampoco en los bienes de alguno; porque los bienes de la herencia, antes de que haya algún heredero, no están en los bienes de persona alguna. Más las cosas que son de derecho humano, o son públicas, o privadas; las que son públicas se reputa que no están en los bienes de nadie; porque se considera que son de la misma universalidad. Pero son privadas las que son de cada uno.

2. MARCIANO; *Instituta*, Libro III.— Algunas cosas son comunes a todos por derecho natural, otras son de la comunidad, otras no son de nadie, y la mayor parte son de particulares, las cuales se adquieren para cada cual por varias causas.

1.— Y ciertamente son comunes a todos por derecho natural estas cosas: el aire, el agua corriente, y el mar, y consiguientemente las costas del mar.

4. MARCIANO; *Instituciones*, Libro III (...)

1.— Pero casi todos los ríos y los puertos son públicos.

6. MARCIANO; *Instituta*, Libro III (...)

1.— Son de la comunidad, y no de los particulares, por ejemplo, los teatros que hay en las ciudades, y los estadios, y otras cosas semejantes, así como también algunas otras que son comunes a los de las ciudades.”

Respecto al patrimonio privado, Vid. F. MACKELDEY, *Elementos del Derecho romano*, Madrid, 1844, pág. 96. Este autor dice que el fr. 6. pr. D. XXVIII.I llama a esta especie de bienes del Estado *peculium populi*, en contraposición con aquéllos *quae in publico usu habentur, ut Campus, Martius*.

(36) Estas modificaciones fueron señaladas por P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso histórico-exegético de Derecho romano comparado con el español*, tomo I, Madrid, 1850, pág. 204. El citado autor indicó que no era ésta la división capital que el *Digesto* hacía de las cosas; en él siguió Justiniano a Gayo del que se apartaba en este texto a pesar de que tan frecuentemente le copiaba en las *Instituciones*; según este jurisconsulto la primera división de las cosas era que unas eran de Derecho divino y otras de Derecho humano, la que sólo figuraba como una subdivisión en esta obra.

(37) Esta división de las cosas estaba incluida en el Título I del Libro II de las *Instituta*, como puede apreciarse a continuación, de acuerdo con la traducción del mismo realizada a finales del siglo pasado por P. GÓMEZ DE LA SERNA (Vid. P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso histórico-exegético del Derecho romano*, tomo I, op. cit., págs. 203 y ss.):

“TÍTULO I

De la división de las cosas.

En el libro que antecede hemos hablado del derecho de las personas; pasemos ahora a las cosas: éstas están o en nuestro patrimonio o fuera de nuestro patrimonio. Algunas de ellas por derecho natural son comunes a todos, otras de corporación, algunas no corresponden a nadie, y la mayor parte pertenecen a particulares. Todos pueden adquirir estas últimas de diferente manera, como aparecerá de la doctrina que vamos a exponer.

1.— Con arreglo al derecho natural son comunes a todos los hombres el aire, el agua corriente, el mar, y por consiguiente sus riberas. (...).

2.— Todos los ríos y puertos son públicos, y por lo tanto el derecho de pescar en ellos es común a todos.

3.— Ribera del mar es todo el terreno a que alcanzan las olas, que más se extienden en el invierno.

cuatro primeros grupos eran *res extra commercium* y sólo el último de ellos podía ser objeto de tráfico jurídico-privado.

En las divisiones de las cosas que se han expuesto se utilizaba con diferentes significados los términos *res publicae*. Problema terminológico que se reprodujo posteriormente en los Derechos nacionales en los que influyó el Derecho romano. Sin pretender exponer todos los posibles significados, a continuación examinaremos algunos de ellos:

– *Res publicae* como cosas pertenecientes a entes públicos. Esta noción amplia aparecía reflejada en el *Digesto* y en ella se comprendían todas aquellas cosas que pertenecían a los entes públicos, fueran inalienables e imprescriptibles o no. Prácticamente carecía de trascendencia, dado que no indicaba el régimen jurídico aplicable en cada caso.

– *Res publicae* como cosas fuera del comercio. Surgía de la combinación de las divisiones contenidas en el *Digesto* y las *Instituta*. Así, se identificaban las *res publicae* del primero con las *res extra commercium* del segundo. Con ello se logra incluir dentro de esta categoría las cosas comunes, las cosas públicas del Estado y las cosas de corporación. Esta noción la utilizaban aquellos autores que mencionan ambos textos³⁸.

– *Res publicae* como cosas fuera del comercio del Estado. Esta restricción de su alcance obedecía a que aparecían citadas en las *Instituta* con este nombre las cosas estatales *extra commercium*. Por tanto, en los comentarios de este cuerpo legal se incluía este sentido concreto³⁹.

– *Res publicae* como equivalente a *res communes*. Algunos autores señalaron que en el Derecho romano se equipararon ambos conceptos⁴⁰.

Todos estos conceptos eran compatibles entre sí, dado que era normal que aparecieran mencionados varios de ellos en una misma obra⁴¹. En todo caso, era una nota esencial

4.– El uso público de las riberas de los ríos es de derecho de gentes, como el del mismo río. (...).

5.– Del mismo modo el uso de las riberas del mar es público y de derecho de gentes como el del mismo mar. (...).

6.– Son cosas de corporación, y no particulares, los objetos que en las ciudades son comunes a sus moradores: a esta clase pertenecen los teatros, los estadios, y para decirlo de una vez, todo lo que corresponde al común de las ciudades. (...)

7.– Son cosas nullius las sagradas, religiosas y santas, porque lo que es de derecho divino no está en los bienes de nadie. (...)"

(38) Vid., por ejemplo, M. ORTOLÁN, *Explicación histórica de la Instituta*, T. II, Madrid, 1847, pág. 23. Vid. también F. MACKELDEY, *Elementos del Derecho romano*, op.cit., pág. 97; y P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso histórico-exegético de Derecho romano*, T. I., op.cit., pág. 204.

(39) Vid. M. ORTOLÁN, *Explicación histórica de la Instituta del emperador Justiniano*, tomo II, op. cit., pág. 25. Vid. también P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso histórico-exegético de Derecho romano*, tomo I., op. cit., pág. 206; y F. MACKELDEY, *Elementos del Derecho romano*, op. cit., pág. 96.

(40) F. MACKELDEY, *Elementos del Derecho romano*, op. cit., nota 2, pág. 96, afirmó que frecuentemente entre los romanos la expresión de *res publicae* era sinónima de la de *res communes omnium*.

(41) En nuestro país puede apreciarse la utilización de los términos *res publicae* con diferentes significados en la obra de P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso histórico-exegético de Derecho romano*, tomo I., op. cit., págs. 204 y 206. Este autor afirmaba que las cosas que estaban fuera del patrimonio recibían en general el nombre de públicas, si bien especialmente se subdividían en las que eran de uso común a todos, *res communes*, las que pertenecían a un pueblo y se llamaban públicas, *res publicae* en el sentido estricto de la palabra, las que eran de corporación, *res universitatis*, y las que se llamaban por excelencia nullius, por el destino que se les había dado. En un intento de compatibilizar el concepto amplio y restringido de *res publicae* en el Derecho

de la mayor parte de los conceptos de *res publicae* la pertenencia de las cosas a una Administración, salvo en el último que se equipara a cosas comunes o aquella denominación genérica como cosas fuera del comercio.

b) La reelaboración de la clasificación de las cosas del Derecho romano en el Derecho francés: los diversos conceptos de dominio público

La clasificación de las cosas admitida en Derecho romano influyó en el Derecho francés⁴² y, en particular, se tuvo en cuenta al redactar el nuevo Código Civil aprobado a inicios del siglo XIX. No obstante, al Código se incorporaron cambios derivados de las nuevas situaciones derivadas de la revolución francesa. Como ha indicado SOREL, “le Code civil, c’est la jurisprudence du Droit romain et l’usage des coutumes combinés ensemble, et adaptés à la Déclaration des Droits de l’Homme, selon les moeurs, convenances et conditions de la nation français”⁴³.

En efecto, los redactores del Código tomaron como punto de referencia la división de las cosas del Derecho romano y, en concreto, la contenida en las *Instituta* de Justiniano⁴⁴. Pero esta clasificación fue modificada con posterioridad. Así, no se incluyó dentro de la misma la referencia a las cosas comunes, en las que se comprendían el mar, el aire, etc., y que no pertenecían a nadie. Ausencia de mención de esta categoría que pudo obedecer a la influencia de los cambios económicos que se produjeron en esta época⁴⁵.

clásico F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 327, decía que las cosas pertenecientes a los municipios fueron también llamadas públicas incorrectamente.

(42) Esa influencia del Derecho romano antes de la revolución francesa ha sido puesta de manifiesto por J. M. AUBY y P. BON, *Droit administratif des biens*, Dalloz, París, 1991, págs. 5 y 6. Los citados autores afirman que la teoría de las cosas públicas en el antiguo régimen se fundaba sobre las soluciones de Derecho romano. Con ello se pretendía evitar la confusión del patrimonio de la Corona con los bienes públicos. En los siglos XVII y XVIII, ciertos autores formularon una teoría sobre las cosas públicas que las distinguían del dominio de la Corona. Sobre estas cosas afectadas al uso público, se consideraba que el Rey no tenía un derecho de propiedad sino solamente poderes de policía. Esta teoría de las cosas públicas se basaba en las construcciones jurídicas del Derecho romano y trataba de afirmar los derechos del público sobre estos bienes suprimiendo todo tipo de trabas y prohibiendo las enajenaciones. Esta teoría fue expuesta por LOYSEAU y desarrollada por DOMAT y LEFÈVRE DE LA PLANCHE.

(43) Cita tomada de A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, París, 1969, pág. 215. Vid. también la exposición sobre la elaboración de los artículos 538 y ss. realizada por R. PELLOUX, *Le problème du domaine public. Evolution et solutions actuelles*, Dalloz, París, 1932, págs. 80 y ss. Sobre la evolución de la clasificación de los bienes en Francia en el siglo XIX vid. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, Países Bajos-París, sd.; y R. PELLOUX, *Le problème du domaine public. Evolution et solutions actuelles*, París, 1932. Vid. también M. LAGRANGE, “L’evolution du droit de la domanialité publique”, RDP, 1974, núm. 1, págs. 5 y ss.

(44) Esta influencia es admitida expresamente en la Exposición de Motivos de la ley relativa a la distinción de los bienes leída por el Consejero de Estado TREILHARD ante el cuerpo legislativo. Vid. *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d’Etat et du Tribunal*, tomo I, París, 1841, págs. 280 y 281. Esta importancia de las leyes romanas en el proceso de elaboración podía obedecer a que con anterioridad la doctrina había asumido una considerable parte de las construcciones jurídicas contenidas en este Derecho. Así, por ejemplo, la clasificación de las cosas de las Instituta podía encontrarse en DOMAT en *Oeuvres complètes de J. Domat*, tomo I., París, 1828, págs. 114 y ss.; o de forma menos clara POTHIER en la “Introduction à la Coutume d’Orleans” en *Oeuvres complètes de Pothier*, vol. II, París, 1830, pág. 1520. Sobre la influencia de estos autores en el Código, vid. A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales*, op. cit., pág. 218.

(45) Vid. sobre la influencia económica y social en la clasificación de las cosas las consideraciones realizadas por A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales*, op. cit., págs. 8 y ss. y 172 y ss.

La reducción del número de categorías a sólo aquellas que podían ser objeto de apropiación tuvo como consecuencia la simplificación de la clasificación y que adquiriera una importancia considerable el criterio según el cual las cosas pertenecientes a las diversas personas estaban dentro o fuera del tráfico jurídico. En este sentido, por ejemplo, la división propuesta por BONIN era sensiblemente más simple. El citado autor propuso clasificar las cosas en propiedad particular y en propiedad comunal, bien fuera esta última común a toda la nación o privativa de los pueblos⁴⁶.

Esta simplificación de la clasificación se acompañó con un cambio en la denominación de las diversas categorías admitidas en el Derecho romano. Modificación que implicó que las *res publicae* recibieran el nombre de *domaine public* y las *res universitatatis* el nombre de *biens communaux*.

La división de las cosas resultante de todos los cambios que se han expuesto no se incorporó al Código Civil de forma íntegra. Ello obedeció a que se consideró que el Código tenía que limitarse a regular los derechos que eran susceptibles de tráfico jurídico-privado y, por tanto, exclusivamente a recoger la división de las cosas en la medida en que fuera necesaria para la delimitación de dichos derechos. La clasificación general de las cosas tenía que contenerse en el Código de Derecho público⁴⁷.

En consecuencia, en los artículos 537 y siguientes del Código Civil se introdujo una clasificación parcial de los bienes. En concreto, en dichos artículos se hacía referencia a los bienes de particulares (artículo 537), a los bienes de dominio público (artículos 538 y 540) y a los bienes de las Comunas o *biens communaux* (artículo 542), pero no se contenía una distinción detallada de los bienes dentro y fuera del comercio de las Administraciones públicas, dado que ello era propio del Código de Derecho público⁴⁸.

(46) Vid. BONIN, *Compendio de los principios de la administración*, Tradit J.M. Saavedra, Madrid, 1834, pág. 309.

(47) Vid., en este sentido, el discurso pronunciado al cuerpo legislativo por el tribuno SAVOYE-ROLLIN sobre el citado título del Código civil, *Recueil complet des discours prononcés*, tomo I, op. cit., págs. 284 y 286.

(48) El contenido de estos artículos es el siguiente:

“Article 537. Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent sous les modifications établies par les lois

Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers, sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant des règles qui leur sont particulières.”

**LOS BIENES SE
CLASIFICABAN EN BIENES
DEL ESTADO DENTRO Y
FUERA DEL COMERCIO,
BIENES DE LAS COMUNAS
DENTRO Y FUERA
DEL COMERCIO Y BIENES
DE PARTICULARES**

El Código de Derecho público no llegó a aprobarse, por lo que para conocer la clasificación general de las cosas fue preciso complementar las previsiones del Código Civil con las contenidas en la legislación administrativa reguladora de las propiedades públicas. De esta forma, por ejemplo, en el Decreto de 22 de noviembre-1 de diciembre de 1790, relativo a las propiedades nacionales, parecía diferenciarse entre un dominio público, en el que se incluían prácticamente todos los enumerados en el actual artículo 538 del Código, y un dominio nacional⁴⁹; y en el Decreto 10-11 de junio de 1793 se mencionaban los bienes comunales, patrimoniales y destinados a servicios públicos.

En definitiva, de la regulación contenida en el Código Civil y en la legislación administrativa se deducía que los bienes se clasificaban en bienes del Estado dentro y fuera del comercio (dominio público y dominio nacional), bienes de las Comunas dentro y fuera del comercio (bienes comunales) y bienes de particulares.

Debe advertirse que inicialmente y de acuerdo con lo previsto en el Código Civil el concepto de dominio público se reservó para los bienes fuera del comercio del Estado. Restricción que respondía a uno de los significados que tenía la noción de *res publicae* en Derecho romano, según se expuso en un apartado anterior. Pero con posterioridad en la doctrina y la jurisprudencia se introdujo un concepto amplio de dominio público, en el que se comprendieron tanto los bienes de dominio público del Estado como los bienes fuera del comercio de las Comunas⁵⁰. Este concepto amplio tenía como precedente la noción amplia de *res publicae* existente en Derecho romano y que se expuso en un epígrafe precedente. Conceptos de dominio público al que se añadió un tercero que equiparaba la noción de dominio público y cosas comunes y que podía apreciarse en la legislación de propiedad industrial y literaria⁵¹. De forma paralela se fueron también introduciendo

“Article 538. Les chemins, routes et rues à la charge de la nation, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d’une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.”

“Article 540 Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, sont aussi partie du domaine public.”

“Article 542 Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d’une ou plusieurs communes ont un droit acquis.”

(49) Sobre la interpretación de la distinción entre dominio público y dominio nacional, vid. R. PELLOUX, *Le problème du domaine public*, op. cit., págs. 60 y ss. El citado autor señala cómo no existía un diferencia clara, aunque sí un interés en señalar las cosas que eran diferentes del dominio público y del resto de los bienes. De ahí que en la relación presentada a la Asamblea Constituyente por M. ENJUBAULT sobre este Decreto se mencionasen con las *res publicae romanae* (vid. DALLOZ, “Domaine de l’Etat” en *Répertoire méthodique et alphabétique de législation*, tomo XVII, París, pág. 85). En España vid. R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, “Sobre la incorporación al Código Civil español de la noción de dominio público”, *RFDM*, núm. 8 (1942), págs. 123 y ss.

(50) Vid. M. CURASSON, *Traité des actions possessoires*, Dijon, 1842, pág. 151; G. DEMELOMBE, *Cours de code de Napoleon*, vol. IX, tomo I, París 1854, págs. 337 y ss. y 346 y ss.; M.D. DALLOZ, voz “Domaine public” en *Répertoire*, tomo XVII, op. cit., pág. 356; J.M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code napoléon*, tomo II, 6ª ed., París, 1866, págs. 638 y ss. y 641 y ss.; LAURENT, *Principes de Droit civil français*, tomo VI, 6ª ed., Bruselas, 1878, págs. 7 y ss.; E. ACOLLAS, *Manuel de Droit civil*, tomo I, 2ª ed., París, 1874, págs. 554 y ss.; y VALETTE, *De la propriété et de la distinction des biens*, París, 1879, págs. 75 y ss.

(51) Puede apreciarse la utilización de los términos “dominio público” como equivalente a cosas comunes en C. COUHIN, *La propriété industrielle, artistique et littéraire*, tomo II, París, 1898. Así, el citado autor, op. cit., págs. 155 y 156, menciona una Ley de 18-21 de junio de 1856 en cuyo artículo único se dice que transcurrido el plazo marcado en la misma “le brevet d’invention pour perfectionnement pris par lui à la date du 31 octobre tombera dans le domaine public en même temps que le brevet principal”. Vid., en un sentido similar, las consideraciones realizadas en relación con la obra de pensamiento,

los términos bienes patrimoniales para referirse a los bienes dentro del comercio de las Administraciones públicas.

En resumen, la clasificación de las cosas en Derecho francés en la primera mitad del siglo XIX partía de la división de las cosas en Derecho romano. No obstante, se introdujeron modificaciones, como el cambio de la denominación de las diversas categorías o la ausencia de mención de las cosas comunes.

c) La reelaboración de la clasificación de las cosas del Derecho romano y del Derecho francés en el Derecho italiano: los diversos conceptos de dominio público

La reelaboración de la clasificación de las cosas existente en el Derecho romano que se realizó en el Derecho francés y se expuso en el epígrafe anterior se tuvo en cuenta en el Derecho italiano y, en particular, en las nuevas normas que se fueron aprobando en dicho país en la segunda mitad del siglo XIX como consecuencia de la unificación de la nación. Esta influencia del Derecho francés determinó que no se aludiera a las cosas comunes en la división de las cosas o que se modificara la terminología de las diversas categorías. No obstante, el Derecho italiano se separó por lo que respecta a la norma en la que debía contenerse la clasificación. En este último Derecho se consideró que se tenía que incorporar al Código Civil.

En concreto, en el artículo 425 del Código de 1865 se decía que los bienes eran del Estado, de la Provincia, del Comune, o de los institutos públicos y otros cuerpos morales o de los particulares. A continuación, en el artículo 426 se indicaba que los bienes del Estado se clasificaban en dominio público y bienes patrimoniales; y en el artículo 432 se decía que los bienes de las Provincias y del Comune se clasificaban en bienes de uso público y en bienes patrimoniales⁵².

Como puede apreciarse, al Código se incorporó la nueva terminología adoptada en el Derecho francés para denominar a las diversas categorías y, por tanto, se utilizaron los términos *bienes patrimoniales* o *beni patrimoniali* y *dominio público* o *demanio pubblico*. Concepto res-

op. cit., págs. 426 y ss. Vid. una utilización semejante de los citados términos en H. ALLART, *De la propriété des brevets d'invention et de leur validité*, París, 1887, pág. 60; o *Recueil general de la législation et des traités concernant a la propriété industrielle*, T. Bureau international d'Unión pour la protection de la propriété industrielle, Berna, 1896, pág. 266.

(52) En concreto, en los artículos citados se dice:

“Art. 425 I beni sono dello Stato, o delle provincie, o dei comuni o dei pubblici istituti ed altri corpi morali, o dei privati.

Art. 426 I beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali

Art. 430 I beni del demanio pubblico sono per loro natura inalienabili; quelli del patrimonio dello Stato non si possono alienare che in conformita delle leggi che li riguardano

Art. 432 I beni delle provincie e dei comuni si distinguono in beni di uso pubblico e in beni patrimoniali.

La destinazione, il modo e la condizione e di alienazione dei beni patrimoniali sono determinate da leggi speciali.”

El Código Civil de 1865 fue derogado por el Código Civil de 1942. En el mismo se introdujeron modificaciones relevantes en la clasificación de las cosas. Vid. una comparación de ambos Códigos en N. STOLFI y F. STOLFI, *Il nuovo Codice civile*, Libro III. Della proprietà, Nápoles; y G. PANDOLFELLI y otros, *Codice civile. Libro della proprietà*, Giuffrè, Milán, 1941.

tringido de dominio público que equivalía a bienes del Estado fuera del comercio, y que determinó que los bienes de las Entidades locales fuera del tráfico jurídico se denominaran bienes destinados a un uso público. No obstante, esta separación entre los bienes de dominio público del Estado y los bienes de uso público de las Corporaciones locales se consideró inadecuada con posterioridad. De ahí que se creara un concepto amplio de dominio público inspirado en similares principios y que comprendía los bienes de dominio público del Estado y los bienes de uso público de las Corporaciones locales⁵³.

De lo expuesto hasta estos momentos se deduce que la clasificación de los bienes admitida en los Derechos francés e italiano partía de los conceptos propios del Derecho romano; y que las modificaciones de la clasificación de las cosas existente en Derecho romano que se introdujeron en el Derecho francés también se incorporaron al Derecho italiano. Estas influencias entre los diversos ordenamientos jurídicos determinaron que las clasificaciones de las cosas fueran similares. Similitud que también se aprecia en la división de los bienes admitida en nuestro ordenamiento, tal y como se expondrá en el apartado siguiente.

B) La clasificación de las cosas en nuestro Derecho: la clasificación de las cosas contenida en las Partidas y el Código Civil de 1889

En los apartados anteriores se ha expuesto cómo los Derechos francés e italiano partían de la clasificación de las cosas en el Derecho romano. Asimismo, se ha indicado cómo en el Derecho francés se modificó dicha división y la terminología utilizada y cómo estas alteraciones se tuvieron en cuenta en el Derecho italiano. Influencias que pueden apreciarse también en el Derecho español.

En concreto, la clasificación de las cosas en nuestro país se encontraba regulada en el siglo XIX en las Partidas. Cuerpo legal influenciado por el Derecho romano. Esta clasificación fue objeto de diversas propuestas de modificación durante el siglo XIX y entre ellas caben destacar las derivadas de la introducción del concepto de dominio público. Noción propia del Derecho francés y que tenía como referente las *res publicae* del Derecho romano. La división de las cosas en las Partidas y las propuestas de modificación son objeto de estudio en un apartado específico (a).

Las modificaciones de la clasificación que se propusieron durante el siglo XIX se tuvieron en cuenta al aprobarse el Código Civil de 1889. No obstante, al redactarse el Código, se tuvo como referente inmediato el Código Civil italiano de 1865. Código Civil español que con posterioridad ha sido objeto de diversas alteraciones. La división de las cosas en el Código Civil y las modificaciones posteriores se examinan en un epígrafe específico (b).

(53) Vid., entre otros autores en los que puede apreciarse el concepto amplio de dominio público, D. GALDI, *Comentario del Codice civile*, vol. V, Nápoles, 1876, págs. 101 y ss. y 224 y ss.; G. DE TIEPOLO, *Dottrine compendiate sul testo degli articoli del Codice civile italiano*, PI, Roma 1882, págs. 243 y ss.; F. PERSICO, *Principii di Dritto amministrativo*, 4ª ed., vol. II, Nápoles, 1890, pág. 20.

a) La clasificación de las cosas en las Partidas. Propuestas de reforma

Durante el siglo XIX la clasificación de las cosas se encontraba en las Partidas. Partidas que estuvieron vigentes y fueron aplicadas por el Tribunal Supremo hasta las vísperas de la aprobación del Código Civil⁵⁴. Dicha clasificación partía de un concepto amplio de cosa que se expuso en un apartado anterior y que comprendía tanto las apropiables como las insusceptibles de apropiación. De acuerdo con esta noción amplia, las cosas se clasificaban de la siguiente forma en la Partida 3ª, Título XXVIII, Ley 2:

“Departimento ha muy grande entre las cosas deste mundo. Ca tales y ha dellas que pertenescen á las aves, é á las bestias, é á todas las otras criaturas que viven para poder usar dellas tambien como á los omes, é ha otras que pertenescen tan solamente a todos los omes, é otras son que pertenescen apartadamente al comun de alguna cibdad, villa, castillo ó otro lugar qualquier do omes moren, é otras y ha que pertenescen señaladamente á cada un ome para poder ganar ó perder el señorío dellas; é otras son que non pertenescen á señorío de ningun ome, nin son contadas en sus bienes”⁵⁵.

En esta Ley se reproducían los cinco grupos de cosas de las Instituta de Justiniano: *res communes* o cosas comunes, *res publicae* o cosas públicas, *res universitatis* o cosas de corporación, *res singulorum* o cosas de particulares y *res nullius* o cosas de ninguno. A esta enumeración además se añadían dos grupos más, dado que las Leyes 9, 10 y 11 del mismo Título y Partida mencionaban unos bienes de propios de las Corporaciones locales y una serie de cosas sobre las que los Emperadores y los Reyes tenían señorío o propiedad.

La clasificación de las cosas en cinco grupos fue defendida por la doctrina del siglo XIX hasta la aprobación del Código Civil. Sin embargo, se propusieron diversos cambios en la misma. Cambios en los que influyeron las nuevas regulaciones aprobadas en otros países europeos.

En concreto, en la doctrina se propuso la eliminación de la categoría de las cosas comunes, tal y como se expuso en un

LA CONFIGURACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO COMO UNA PROPIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN HA CONLLEVADO QUE TODAS AQUELLAS COSAS QUE NO FUERAN DE SU TITULARIDAD HAYAN QUEDADO EXCLUIDAS DEL CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO

(54) Vid. en este sentido las afirmaciones realizadas por F. TOMÁS Y VALIENTE, “El pensamiento jurídico” en *Enciclopedia de Historia de España* (dir. M. ARTOLA), Madrid, 1988, tomo III, pág. 386.

(55) La clasificación contenida en Las Partidas parte de que los bienes son aquellas cosas “de que los omes se sirven e se ayudan”, como indica el Proemio del Título 17, Partida 2ª.

apartado anterior. En este sentido, por ejemplo, ARRAZOLA propuso dividir las cosas en bienes de la nación o dominio público; del Estado; del patrimonio real o de la Corona; de los pueblos, corporaciones y establecimientos públicos, y bienes de los particulares⁵⁶.

También se propuso perfeccionar la clasificación de las Partidas integrando adecuadamente los bienes patrimoniales de las Administraciones. Así, resulta que en los cinco grupos que se reconocían en las Partidas no se mencionaban expresamente los bienes privados de las Administraciones públicas. Por eso, algunos autores los incluyeron dentro de las *res singulorum* o cosas de particulares⁵⁷. Esto suponía que dentro de las cosas de particulares se diferenciaban los pertenecientes al Estado, corporaciones y personas físicas.

Además, se propuso la sustitución de los términos “cosas públicas” por los de “dominio público”. Propuesta que tuvo su aceptación en la doctrina y en la legislación administrativa sectorial, si bien debe recordarse que en Francia e Italia los términos *dominio público* podían tener diferentes significados. Pluralidad de sentidos que también se reprodujo en nuestro país, como puede comprobarse a continuación:

– Dominio público como cosas fuera del comercio del Estado. Este concepto restringido de dominio público aparecía recogido en los Códigos civiles francés e italiano y se correspondía con el concepto de *res publicae* de Derecho romano y con la categoría de cosas públicas a las que aludían las Partidas. Dicha noción puede apreciarse en la doctrina del siglo XIX y también en la legislación administrativa⁵⁸.

– Dominio público como cosas fuera del comercio de los entes públicos. Este concepto se correspondía con la noción amplia de *domaine public* en Francia y *demanio publico* en Italia y con el concepto amplio de *res publicae* en Derecho romano. Dicho concepto puede apreciarse en diversos autores⁵⁹.

– Dominio público como cosas comunes. Este concepto tenía sus antecedentes en Derecho romano y en Derecho francés y puede apreciarse en nuestro ordenamiento en la legislación de propiedad literaria. Puede mencionarse, por ejemplo, la Ley sobre propiedad literaria de 1847 y las referencias al dominio público como una cosa común susceptible de utilización por cualquier persona⁶⁰.

(56) Vid. L. ARRAZOLA, voz “Bienes”, *Enciclopedia, op. cit.*, págs. 523 y ss.

(57) Vid. J. SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, tomo I, Valencia, 1803, págs. 95 y ss.; y P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos del Derecho civil y penal*, tomo I, 9ª ed., Madrid, 1870, pág. 690.

(58) Por ejemplo, para L. ARRAZOLA, voces “Bienes” y “Bienes públicos”, *Enciclopedia, op. cit.*, el dominio público equivalía a cosas del Estado que estaban fuera del comercio. Junto a estas cosas, además, existían otros bienes inalienables e imprescriptibles de las Corporaciones locales, que se denominaban genéricamente “bienes públicos”. Vid. B. GUTIÉRREZ, *Códigos fundamentales*, tomo II, Madrid, 1868, p. 22. También puede apreciarse en la legislación. Así por ejemplo, en la Ley de Aguas de 1866 se clasificaban las aguas como públicas o del dominio público, comunales y de particulares.

(59) Así, una parte de la doctrina considera que eran demaniales aquellos bienes cuyo aprovechamiento fuera común a todos, frente a los que eran de utilización privativa de los entes públicos. Entre otros autores pueden citarse a V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1885, pág. 527.

(60) Vid., en relación con la noción de dominio público y su significado como cosas comunes, las consideraciones realizadas por M. VAREA SANZ, “El concepto de dominio público en la Ley de Patentes”, *Homenaje a J. Delicado. Colección de*

En resumen, antes de la aprobación del Código Civil la clasificación de las cosas se encontraba en las Partidas. Partidas que estaban influenciadas por el Derecho romano. Esta división de las cosas del Código alfonso fue objeto de diversas propuestas de modificación y, en particular, aquella que perseguía introducir el nuevo concepto de dominio público, que había sido aceptado ya en Francia e Italia.

b) La clasificación de las cosas en el Código Civil. Modificaciones posteriores

La clasificación de las cosas en cinco grupos incluida en las Partidas fue derogada por el Código Civil de 1889. Código que está vigente en la actualidad, sin perjuicio de lo que se indicará posteriormente. En la nueva clasificación contenida en el Código se tuvieron en cuenta las modificaciones que se propusieron antes de su aprobación en nuestro país y los cambios en la división de los bienes que se introdujeron en los Derechos francés e italiano⁶¹. Cambios que conllevaban la exclusión de la categoría de las cosas comunes, la introducción de una nueva denominación de las diversas categorías y la incorporación al Código Civil de una regulación general y sistemática de la división de los bienes.

En concreto, en los artículos 338 y siguientes del Código Civil de 1889 se han clasificado las cosas de la siguiente forma. En el artículo 338 se dice que los bienes son de dominio público y de propiedad privada; y en el artículo 345 se afirma que son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, de la Provincia y del Municipio, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente. Por otra parte, en el artículo 339 se dice que son bienes de dominio público los del Estado destinados al uso público y los que le pertenecen privativamente, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión. Junto a estos bienes de dominio público, en el artículo 344 se regulan los bienes de uso público de las Provincias y de los pueblos. Bienes que se diferencian de los patrimoniales de las mismas Entidades locales.

trabajos sobre propiedad industrial, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1996, págs. 457 y ss. La existencia de una pluralidad de conceptos de dominio público ha sido puesta de manifiesto también por C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Aproximación al concepto de dominio público inmaterial en los derechos sobre invenciones y creaciones”, *RAP*, núm. 146 (1998), págs. 132 y ss.

(61) Debe advertirse que el Código Civil, en su redacción última, es el resultado del cumplimiento de una delegación legislativa contenida en la Ley de 11 de mayo de 1888. Delegación que estaba sujeta a los límites establecidos en las bases contenidas en la citada Ley y que genéricamente se resumen en la primera de ellas. En concreto, en ella se establecía que el Código tomaría por base el proyecto de 1851 en cuanto se hallaba contenido en él el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos colegisladores. Reiterando estos principios en la base décima se diría que se mantendría el concepto de la propiedad y la división de las cosas, el principio de la accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio. Un examen detallado del proceso de elaboración y discusión puede encontrarse en la obra de J.F. LASSO GAITE, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, págs. 373 y ss. Los debates parlamentarios del Código Civil han sido recientemente recopilados en la obra titulada *El Código civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, Servicio de publicaciones del Senado, Madrid, 1990. Vid. también las consideraciones realizadas por R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, “Sobre la incorporación al Código civil español de la noción de dominio público”, *RFDM*, num. 8 (1942).

En relación con las novedades introducidas en esta clasificación, debe indicarse que no se comprenden las cosas comunes, a diferencia de lo que ocurría con las Partidas. Como se indicó en un apartado anterior, al examinar el concepto de cosa, ello responde a que el Código regula aquellas cosas apropiables no las insusceptibles de apropiación. Estas últimas cosas se rigen por el Derecho internacional o administrativo.

Esta falta de regulación de las cosas comunes inicialmente tuvo una importancia menor, dada la configuración del dominio público a finales del siglo XIX y principios del XX. Como se ha indicado en un epígrafe precedente, en esta época las nociones de dominio público y soberanía estaban unidas. Ello supuso que las diversas cosas comunes que se encontraban dentro del territorio nacional se consideraran no como tales cosas comunes inapropiables, sino como cosas de dominio público, en las que se ejercitaba la soberanía del Estado. En este sentido, por ejemplo, el territorio de la nación o el espacio territorial eran considerados como bienes de dominio público, al recaer sobre el mismo la soberanía del Estado⁶². En definitiva, las cosas comunes quedaban reducidas a aquellas sobre las que la acción de la soberanía del Estado no conllevaba su conversión en bienes de dominio público.

Sin embargo, la vinculación entre soberanía y dominio público se superó en el siglo XX, tal y como se indicó en un apartado anterior. En consecuencia, el dominio público se articuló como una propiedad pública de la Administración. Como se afirma en la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1981, el dominio público en nuestro ordenamiento jurídico, en el presente momento histórico, se configura como una relación de propiedad y no como una relación de poder o de soberanía, tal como proclama no sólo el Código Civil en sus artículos 338 a 345, sino también la Ley de Régimen Local, en sus artículos 182 y siguientes, doctrina también proclamada por el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 14 de febrero de 1957 y 10 de mayo de 1962, y matizada en el Dictamen de 14 de junio de 1969.

La configuración del dominio público como una propiedad de la Administración ha conllevado que todas aquellas cosas que no fueran de titularidad de la Administración hayan quedado excluidas del concepto de dominio público. Así, por ejemplo, el espacio existente sobre la superficie del territorio nacional y sobre el que el Estado ejerce su soberanía se considera como una cosa común y no como un bien de dominio público. Este mayor número de objetos que se califican como cosas comunes ha determinado que se recupere y analice sistemáticamente dicha categoría. Necesidad que ha aumentado en la segunda mitad del siglo XX, al ser objeto de una protección especial esas cosas comunes por el Derecho medioambiental.

Como consecuencia de la mayor importancia adquirida en el siglo XX por las cosas comunes, en la actualidad las cosas es preciso clasificarlas en cosas no susceptibles de apropiación, en las que se incluyen las cosas comunes, y cosas apropiables, cuya división se

(62) Vid. A. ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, 4ª ed., Valladolid, 1915, pág. 273; y V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*, 4ª ed., Madrid, 1894, págs. 516 y ss.

regula en los artículos 338 y siguientes del Código Civil y ha sido expuesta con anterioridad. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la diferencia existente entre las cosas comunes y las cosas apropiables, ya sean de dominio público, patrimoniales o de particulares, reside en que las primeras carecen de titular y pueden ser utilizadas por cualquiera, mientras que las segundas pueden ser de dominio de una Administración o una persona privada.

Al margen de la necesidad de recuperar la categoría de cosas comunes en la clasificación general de las cosas, en la división de los bienes contenida en el Código Civil se introduce una segunda novedad que afecta a la terminología utilizada. En particular, se introducen los términos *dominio público* y *bienes patrimoniales* para referirse a los bienes fuera y dentro del comercio de las Administraciones públicas. No obstante, debe advertirse que en el Código Civil se utilizan los términos “dominio público” con dos sentidos diferentes: uno amplio que equivale a cosas fuera del comercio de todas las Administraciones públicas, y uno restringido limitado a las cosas fuera del comercio del Estado.

En particular, el concepto amplio de dominio público se refleja en el artículo 338 del Código Civil. Recordemos que en este artículo se dice que los bienes son de dominio público y de propiedad privada. Dicho concepto amplio se corresponde con las nociones amplias de dominio público existente en Francia e Italia y de *res publicae* existente en Derecho romano. De ahí que se introduzca en el Código Civil.

Pero junto a este concepto amplio, en los artículos 339 y siguientes del Código Civil se utiliza una noción restringida de dominio público que equivale a los bienes fuera del comercio del Estado enumerados en el artículo 339 del Código. La incorporación de esta noción ha conllevado que los bienes fuera del tráfico jurídico de las Entidades locales se denominen bienes de uso público en el artículo 344 del Código. Esta regulación introducida en el Código ha obedecido a la influencia que en el mismo tuvo el Código civil italiano de 1865, cuya regulación se expuso en un apartado anterior⁶³.

La existencia de una dualidad de conceptos de dominio público se mantuvo en la primera mitad del siglo XX. Prueba de ello

**LOS BIENES Y DERECHOS
QUE INTEGRAN
EL PATRIMONIO DE
LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS PUEDEN SER
DE DOMINIO PÚBLICO O
DEMANIALES Y
DE DOMINIO PRIVADO
O PATRIMONIALES**

(63) La relación entre el Código Civil español y el Código italiano fue puesta de manifiesto por FALCÓN, Código civil español, tomo II, Madrid, 1889, pág. 6.

es que en la Ley Municipal de 1935 continuaron denominándose los bienes fuera del comercio de los Municipios como bienes de uso público y no se calificaron como dominio público⁶⁴. Sin embargo, esta situación se modificó, al aprobarse la Ley de Régimen Local de 1955 y utilizarse en la misma exclusivamente el concepto amplio de dominio público. Concepto amplio en el que se comprendían todos los bienes fuera del comercio de las Administraciones públicas. De esta forma, en sus artículos 183 y 281 se decía que los bienes municipales y provinciales se clasificaban en bienes de dominio público y bienes patrimoniales.

En la actualidad el concepto amplio de dominio público aparece recogido en el artículo 132 de la Constitución. En dicho precepto se dice que la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. En desarrollo de dicho precepto se ha aprobado recientemente la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas. En su artículo 4 se dice que por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales. En un sentido similar el artículo 79 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985.

Los conceptos de dominio público amplio y restringido no son los únicos que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Al igual que sucedió en el Derecho romano y en otros ordenamientos europeos, los términos dominio público también se utilizan para referirse a la categoría de cosas comunes. Noción de dominio público que puede apreciarse en el ámbito de la propiedad literaria e industrial⁶⁵. Por otra parte, junto a esta última noción, en la doctrina se ha utilizado otro concepto amplio de dominio público, en el que se comprenden tanto las cosas comunes como la de dominio público de las Administraciones públicas. Concepto que tiene su precedente en una de las nociones de *res publicae* que se expuso en un apartado anterior⁶⁶.

Finalmente, es necesario advertir que la división rígida entre bienes de dominio público y patrimoniales a la que alude el Código Civil ha quedado matizada con posterioridad a la aprobación del mismo. En este sentido, puede afirmarse que los bienes de dominio público no son los únicos destinados a usos o servicios públicos. Existen otros bienes de titularidad de la Administración que están calificados como patrimoniales y también cumplen fines públicos, si bien el tipo de finalidad pública no exige que estén fuera del tráfico jurídico como sucede en el caso de los bienes de dominio público. En consecuencia, no puede sostenerse que todos los bienes patrimoniales no están afectos a finalidades

(64) En el artículo 147 de la Ley Municipal se decía que los bienes municipales se clasificaban en bienes de uso público y patrimoniales y eran de uso público los que determinaba el párrafo primero del artículo 344 del Código Civil.

(65) Vid. M. VAREA SANZ, *El concepto de dominio público en la Ley de Patentes*, op. cit., págs. 457 y ss. y bibliografía allí citada.; y MASCAREÑAS, voz "Dominio público (propiedad industrial)" y MISERACHS RIGALT, voz "Dominio público (propiedad intelectual)", en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo VII, Seix, 1955.

(66) Vid., en este sentido, los diversos autores mencionados en J.R. CALERO RODRÍGUEZ, *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 159.

públicas y, por tanto, es preciso diferenciar dentro de los bienes patrimoniales aquellos afectos a fines públicos y los que no están afectos a fines públicos. Los primeros están sometidos a un régimen jurídico especial mientras que los segundos son enajenables, embargables y prescriptibles⁶⁷.

En resumen, las cosas pueden clasificarse en cosas insusceptibles de apropiación, entre las que se incluyen las cosas comunes, y las cosas susceptibles de apropiación. Dentro de estas últimas se incluyen los bienes de dominio público, que están fuera del comercio, y la propiedad privada. A su vez, en este último grupo se comprenden las propiedades particulares y los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas, subdividiéndose éstos en bienes patrimoniales afectos a fines públicos y los no afectos a finalidades públicas. De todos estos grupos interesan especialmente al Derecho administrativo las cosas comunes, los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales afectos a fines públicos, por cuanto están sometidos a un régimen jurídico diferente de la propiedad privada. Su régimen jurídico se examinará en el apartado siguiente.

IV. EXAMEN DE LAS COSAS QUE ESTÁN SOMETIDAS A UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL REGULADO POR EL DERECHO PÚBLICO: LAS COSAS COMUNES, LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y LOS BIENES PATRIMONIALES AFECTOS A SERVICIOS PÚBLICOS Y FUNCIONES PÚBLICAS

En los apartados anteriores se han examinado el concepto amplio de cosa y la clasificación de las mismas. Entre las diversas categorías de cosas existen algunas que están sometidas a un régimen especial regulado por las normas de Derecho público. En concreto, se trata de las cosas comunes, los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales afectos a funciones públicas. Estas tres categorías de cosas se caracterizan por regirse por principios diversos a los existentes en Derecho privado. No obstante, existe una diferencia importante que distingue la primera de las otras dos. Así, las cosas comunes no pertenecen a nadie y pueden ser utilizadas por cualquiera, mientras que las otras dos son de titularidad de la Administración. A su vez, estos dos últimos grupos de bienes se distinguen entre sí en que los bienes de dominio público son cosas fuera del comercio que se rigen plenamente por el Derecho administrativo; y, en cambio, los bienes patrimoniales son bienes afectos a funciones públicas que se rigen por el Derecho administrativo en la medida en que sea necesario para asegurar el cumplimiento de ese fin público y en lo que no sea preciso por las restantes normas aplicables al resto del patrimonio privado de las Administraciones públicas.

Ante las diferencias existentes entre las tres categorías, se analizarán en apartados diversos primero las cosas comunes (A), después los bienes de dominio público (B) y, finalmente, los bienes patrimoniales afectos a servicios públicos y funciones públicas (C).

(67) Dicha distinción entre los dos grupos de bienes patrimoniales puede apreciarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio, y se refleja en los artículos 30 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 y 173.2 de la Ley de Haciendas Locales de 2004.

A) Las cosas comunes

Según se indicó con anterioridad, las cosas comunes o *res communes* son aquellas que no son susceptibles de apropiación ni por las Administraciones públicas ni por particulares y pueden ser utilizadas por cualquier persona. La existencia de esta categoría ha sido reconocida en diversas ocasiones por el Tribunal Supremo y por la doctrina. Reconocimiento que ha obedecido a la necesidad de diferenciar las cosas comunes de los bienes de dominio público⁶⁸.

El hecho de que estas cosas comunes no sean susceptibles de apropiación no significa que no puedan ser objeto de regulación su uso o la protección de las mismas⁶⁹. No obstante, debe tenerse en cuenta la peculiaridad concurrente en esta categoría y que consiste en que los objetos exceden del ámbito territorial de un determinado Estado. Por eso, en Derecho internacional existen normas reguladoras de esas cosas comunes. En este sentido, pueden mencionarse las normas sobre el espacio aéreo, las normas medioambientales, etc.

La existencia de estas normas internacionales no impide a los Estados regular aquella parte de las cosas comunes que se encuentra dentro de su territorio. Regulación que se justifica en la soberanía que tiene todo Estado dentro de su territorio⁷⁰. De esta forma, por ejemplo, en el artículo 1 de la Ley de Navegación Aérea de 1960 se dice que el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado Español; afirmación de la que deriva el sometimiento de su utilización a las condiciones establecidas en dicha Ley y normativa complementaria.

La regulación que realiza el Estado de las cosas comunes tiene unas características peculiares que va a diferenciarla de la correspondiente a los bienes de dominio público. Como se indicará en el apartado siguiente, la regulación del dominio público parte de

(68) Puede mencionarse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000 en relación con el vuelo existente sobre los bienes de uso público municipal y su no consideración como una *res commune*; o la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la configuración de las costas en el siglo XIX y, entre las cuales, puede mencionarse, por ejemplo, la Sentencia de 6 de julio de 1988 de la Sala Primera. También en la doctrina se ha reconocido la existencia de esta categoría. Vid., entre otros, A. ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, 4ª ed., Valladolid, 1915, págs. 270 y ss.; GASCÓN Y MARÍN, *Tratado elemental de Derecho administrativo. Principios y legislación española*, tomo I, Madrid, 1917, pág. 440; o C. GARCÍA OVIEDO, *Derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1948, pág. 119.

(69) En este sentido, GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, 13ª ed., Madrid, 1955, pág. 379, afirmó que había cosas comunes cuya utilización se realizaba por todos, como el aire y el mar, que no eran objeto de apropiación, aunque en cierta medida eran objeto de reglamentación, como la reglamentación de la práctica de la aviación sobre cierta extensión territorial. Esa regulación puede tener justificaciones diversas, como la ordenación y protección de usos, protección medioambiental, etc. Vid., por ejemplo, una exposición de dicha regulación con fundamentos diversos en R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho ambiental*, 3ª ed., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2003; L. ORTEGA ÁLVAREZ (Dir.), *Lecciones del Medio Ambiente*, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2002; A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Instituciones de Derecho ambiental*, La ley, Madrid, 2001; M. GÓMEZ PUENTE, "Ordenación jurídico-administrativa de los servicios de transporte aéreo" en *Transportes y Competencia* (G. FERNÁNDEZ FARRERES, Dir.), Thomson/Civitas, Madrid, 2004, págs. 37 y ss.; A. SÁNCHEZ LAMELAS, *La ordenación jurídica de la pesca marítima*, Aranzadi, Pamplona, 1999; y BARRIO GARCÍA, *Régimen jurídico de la pesca marítima*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

(70) No obstante, las normas internacionales a veces determinan el alcance de la soberanía de los Estados. Por ejemplo, en el artículo 2 del Tratado sobre los principios que deben regir la actividad de los Estados en la explotación y utilización del espacio ultraterrestre hecho en Londres, Moscú y Washington el 27 de enero de 1967 y ratificado por España en el 24 de noviembre de 1968 se dice que el espacio ultraterrestre no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, ocupación, uso ni de ninguna otra manera. Vid. consideraciones realizadas por M. FERNANDO PABLO, *Sobre el dominio público radioeléctrico*, op. cit., págs. 129 y 130.

que existe una Administración propietaria del bien y que este título de intervención es lo suficientemente amplio e intenso como para justificar el establecimiento de unas reglas minuciosas sobre su utilización y protección. En cambio, en las cosas comunes el Estado no es titular del bien y, por tanto, no puede alegar como título genérico el de propiedad para fundamentar el establecimiento de unas normas, sino que tiene que basar su intervención en cada caso y alegar la necesidad de proteger el bien, ordenar su utilización, etc. En caso de no preverse específicamente esa intervención en una norma, la utilización de las cosas comunes es libre por cualquier persona, dado que ello es lo que define a esta categoría de bienes.

Aunque los conceptos jurídicos de cosas comunes y dominio público sean diferentes no son incompatibles, puesto que pueden utilizarse conjuntamente en la regulación de un sector de actividad. Ello puede apreciarse, por ejemplo, en la regulación del ciclo hidrológico contenida en la Ley de Aguas de 2001. Así, en su artículo 2 se define el alcance que tiene el dominio público hidráulico del Estado y en él se comprenden las fases superficial y subterránea del ciclo hidrológico. Sin embargo, en el artículo 3 se hace referencia a la fase atmosférica del ciclo hidrológico. La misma se configura como una cosa común, sujeta a las normas de protección contenidas en el citado precepto. En concreto, en dicho artículo se dice que la fase atmosférica del ciclo hidrológico sólo podrá ser modificada artificialmente por la Administración del Estado o por aquellos a quienes éste autorice⁷¹.

Dado que en las cosas comunes se parte del libre uso de las mismas por cualquier persona y que cualquier intervención de la Administración requiere una regulación y fundamentación específica, el Estado prefiere utilizar la categoría del dominio público, por cuanto conlleva un grado de intervención más intenso y resulta innecesario justificar dicha intervención, al bastar la alegación de su título genérico de propietario. Esa ventaja que aporta la técnica del dominio público explica que se hayan configurado como bienes demaniales supuestos que antes eran casos de cosas comunes. Por ejemplo, recientemente el espacio radioeléctrico se ha pasado a configurar como dominio público estatal, es decir, un bien cuya propiedad se ha atribuido al Estado, con todos los poderes que conlleva dicho

**LAS COSAS COMUNES SON
AQUELLAS QUE NO SON
SUSCEPTIBLES
DE APROPIACIÓN NI POR
LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS NI POR
LOS PARTICULARES Y
PUEDEN SER UTILIZADAS
POR CUALQUIER PERSONA**

(71) Esa diferenciación entre la fase atmosférica y las fases subterránea y superficial del ciclo hidrológico ha sido destacada por M. FERNANDO PABLO, *Sobre el dominio público radioeléctrico*, op. cit., págs. 133 y 134.

título. O históricamente, las costas pasaron a configurarse como dominio público, cuando con anterioridad se articulaban como cosas comunes sujetas a la soberanía del Estado⁷².

Aunque se ha indicado que las cosas comunes no son susceptibles de apropiación por ninguna persona pública o privada, la norma reguladora de su utilización puede contemplar la constitución de ciertos derechos en beneficio de algunas personas, siendo su contenido el que prevea específicamente la norma reguladora de las cosas comunes. Derechos de utilización que no deberían excluir la utilización de las mismas por todas las personas ni resultar incompatibles con el fin que cumplen las mismas.

En este sentido, por ejemplo, puede mencionarse la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. En ella se regulan los derechos a contaminar el aire, si bien no afecta a todos los elementos contaminantes del mismo, sino a los expresamente mencionados en él. Dichos derechos de emisión se configuran en el artículo 20 como un derecho subjetivo a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono desde una instalación incluida en el ámbito de aplicación de esta Ley.

Esta posibilidad de constituir derechos en las cosas comunes en las condiciones marcadas por la norma también ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo, cabe mencionar el caso especial de las costas. Históricamente, estos bienes se calificaban como cosas comunes, pudiendo constituirse determinados derechos sobre las mismas en los términos señalados por las Partidas y normativa complementaria. Estos derechos no cabía calificarlos como propiedad, sino que su contenido era el previsto en la norma reguladora de esas cosas comunes⁷³.

Por otra parte, debe indicarse que las Administraciones no pueden obtener ingresos por la utilización de las cosas comunes. En la medida en que estas cosas no son de su titularidad no resulta posible. Recordemos que en el artículo 6 de la Ley de Tasas y Precios Públicos se definen las tasas como los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, entre otros supuestos. Imposibilidad que no impide percibir por otros conceptos ajenos a la titularidad y aprovechamiento de las cosas.

(72) Continuando con esta línea evolutiva y ante los límites de la regulación propios de la categoría de las cosas comunes, en el Derecho ambiental se ha propuesto ampliar los objetos demanializados en lo referido al espacio atmosférico. Vid. R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho administrativo*, 19ª ed., Trivium, Madrid, 1998, pág. 558. Esa evolución ha sido destacada por M. DARNACULLETA, *Recursos naturales y dominio público*, CEDECS, Barcelona, 2000, pág. 123.

(73) Vid., en relación con las costas y la jurisprudencia dictada sobre la calificación de las citadas ocupaciones, las consideraciones realizadas por J.R. CALERO RODRÍGUEZ, *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, Pamplona, 1995. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1863 (cit. por SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo II, Madrid, 1911, pág. 508) se afirmaba que si bien al explicar y determinar las Leyes 3 y 4, Título 28, Partida 3ª, cuáles eran las cosas comunes a todos los hombres y cómo podían aprovecharse de ellas, enumeraba como tales, entre otras, el mar y sus riberas, esto no debía entenderse de un modo absoluto, puesto que en beneficio común hallaban establecidas varias limitaciones que habían sido dictadas para atender a la seguridad e interés general del Estado, y éste podía conceder en aprovechamiento los terrenos de dichas riberas, siempre que no estuvieran en propiedad particular adquirida por título legítimo.

Finalmente, es preciso advertir que a las cosas comunes se les denomina en algunas ocasiones bienes de dominio público, según se indicó en un apartado anterior, al examinar la clasificación de las cosas y las diferentes acepciones de los términos *dominio público*. Esta denominación no altera las características principales expuestas, puesto que este concepto responde a unas nociones especiales de dominio público existente en el Derecho francés y de *res publicae* en el Derecho romano. De la misma forma, también se dice que las cosas comunes forman parte del dominio público, junto a los llamados bienes de dominio público de titularidad de las Administraciones públicas. En realidad, en este caso se está utilizando un concepto amplio de dominio público equivalente a cosas fuera del comercio, en el que se comprenden las cosas comunes y los bienes de dominio público de las Administraciones públicas, y que tiene su precedente en uno de los sentidos con los que era utilizado la noción de *res publicae* en el Derecho romano. De esta denominación genérica no puede deducirse otra consecuencia distinta que estas dos categorías de cosas están fuera del tráfico jurídico.

B) Los bienes de dominio público de las Administraciones públicas

Según se indicó con anterioridad, los bienes de dominio público son aquellas cosas susceptibles de apropiación cuya titularidad corresponde a una Administración pública y están fuera del comercio⁷⁴. Esa titularidad se configura en la actualidad como una propiedad. Noción de propiedad que no es posible identificar totalmente con la regulación de la propiedad privada contenida en el Código Civil. Así, tradicionalmente en nuestro Derecho la propiedad se ha dividido en propiedad pública, regulada por el Derecho administrativo y en la que se incluyen los bienes de dominio público que están fuera del comercio, y propiedad privada, que se rige por el Código Civil y que también se denomina propiedad. Esa configuración del dominio público como un tipo de propiedad ha permitido a los tribunales aplicar analógicamente la regulación de la propiedad privada contenida en el Código Civil cuando no ha existido una regulación específica al respecto en las normas administrativas⁷⁵.

(74) Existe una amplia bibliografía sobre los bienes de dominio público. Entre las monografías generales específicas sobre el dominio público pueden mencionarse M.BALLBE, *Concepto del dominio público*, Bosch, Barcelona, y también voz "Dominio público", *Nueva Enciclopedia jurídica*, tomo VII, Seix, Barcelona, 1955; S. ÁLVAREZ GENDIN, *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Bosch, Barcelona, 1956; R. PAREJO GAMIR y J.M. RODRÍGUEZ OLIVAR, *Lecciones de dominio público*, ICAI, Madrid, 1976; F. FUENTES BODELÓN, *Derecho administrativo de los bienes (Dominio público y patrimonio)*, ENAP, Madrid, 1977; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho administrativo*, tomo 2, Universidad Complutense/Facultad de Derecho, Madrid, 1982; A. GALLEGO ANABITARTE, *El Derecho de Aguas en España*, MOPU, Madrid, 1986; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1987; J. MORILLO VELARDE, *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992; M. SÁNCHEZ MORÓN (Dir.), *Los bienes públicos (Régimen jurídico)*, Tecnos, Madrid, 1997; R. BOCANEGRA SIERRA y otros, *Lecciones de dominio público*, 3ª ed., Colex, Madrid, 1999; L. PÉREZ CONEJO, *Ensayo sobre dominio público y demanio litoral*, IAAP, Sevilla, 2001; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004; C. CHINCHILLA MARÍN (Coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004; y J. GONZÁLEZ GARCÍA (Coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

(75) La configuración del dominio público como una propiedad pública puede apreciarse, por ejemplo, en COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, tomo II, Madrid, 1850, pág. 6. Así, el citado autor los definía como aquellos que correspondían en plena propiedad a la nación y en cuanto al uso a todo el mundo. De forma similar B. GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo II, 4ª ed., Madrid, 1875, pág. 16; o FERNÁNDEZ DEVELASCO, "Naturaleza jurídica del dominio público según Hauriou", *Revista de Derecho Privado*, núms. 94 y 95 (1921), págs. 230 y ss. Esa configuración como una propiedad pública ha permitido a los tribunales aplicar en caso de ausencia de regulación específica de algún aspecto relativo al dominio público las reglas de la propiedad privada contenidas en el Código Civil. Este problema se ha planteado, por ejemplo, con respecto a la titularidad del subsuelo existente debajo de las plazas y calles municipales. En relación con dicho problema, en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1998 se afirma que el

La articulación del dominio público como una propiedad pública constituye una de las posibles articulaciones. Históricamente también se ha admitido en nuestro Derecho su configuración como una relación de soberanía. Tal construcción jurídica se defendió durante el siglo XIX y principios del XX, si bien en el siglo XX quedó superada como consecuencia de la aceptación de la concepción del dominio público como una propiedad pública⁷⁶.

La configuración del dominio público como una propiedad pública que se acaba de exponer no es admitida por una parte de la doctrina. Para la misma el objeto del dominio público es la función pública y esa función pública puede concretarse en función de las necesidades de cada sector en una servidumbre pública, en un bien de propiedad de la Administración, en una limitación de la propiedad privada, etc. En definitiva, dicha articulación, que puede denominarse como concepción funcionalista del dominio público, parte de una visión objetiva del demanio, en la que es indiferente el diverso régimen jurídico que pueda tener cada una de las manifestaciones de esa función. Tal y como se indicó en un apartado anterior, esa visión objetiva no se va a tener en cuenta en el presente estudio, dado que se parte de la visión subjetiva y el distinto régimen jurídico que tiene cada categoría.

Tradicionalmente, el régimen jurídico de esta categoría se ha analizado estructurándolo en torno a cuatro elementos: elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento finalista y elemento normativo⁷⁷. Elementos que se analizarán a continuación.

a) **Elemento subjetivo.** Constituye un requisito tradicional en nuestro Derecho que los bienes de dominio público pertenezcan a una Administración pública. Dicho requisito se deduce ya de los artículos 339 y siguientes del Código Civil. No obstante, el debate se ha centrado en determinar si únicamente pueden ser titulares las Administraciones territoriales o también pueden ser titulares las restantes Administraciones públicas. En la medida en que en la actualidad el dominio público no se articula como una relación de soberanía, sino como una propiedad pública fuera del comercio, se ha admitido que puedan ser titulares de bienes de dominio público las Administraciones no territoriales.

En este sentido, en el artículo 4 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 se dice que por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de domi-

aprovechamiento del subsuelo de la plaza por parte de una Corporación municipal es una facultad que le asiste como titular del dominio público sobre la misma, en aplicación *mutatis mutandis* del artículo 350 del Código Civil.

(76) Como se afirma en la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1981 citada anteriormente en texto, el dominio público en nuestro ordenamiento jurídico, en el presente momento histórico, se configura como una relación de propiedad y no como una relación de poder o de soberanía, tal como proclama el Código Civil en sus artículos 338 a 345. Vid. un examen de la doctrina española del siglo XX que parte de la concepción del dominio público como propiedad en A. VERGARA BLANCO, *Principios y sistema del Derecho minero*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, págs. 183 y ss.

(77) Una exposición sistemática de los citados elementos puede encontrarse en M. BALLBE, *Concepto del dominio público*, Bosch, Barcelona, y también voz "Dominio público", *Nueva Enciclopedia jurídica*, tomo VII, Seix, Barcelona, 1955; y A. GUAITA "Le domaine public en Espagne", *RISA* (1956), págs. 1212 y ss.

nio público y de dominio privado o patrimoniales. Referencia genérica a las Administraciones públicas en la que es preciso entender comprendidas las Administraciones territoriales y no territoriales. Prueba de ello es que, por ejemplo, en el artículo 5.3 de la citada Ley se dice que los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de su órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público⁷⁸.

b) **Elemento objetivo.** Puede formar parte del dominio público cualquier objeto que esté fuera del comercio y sea de titularidad de una Administración. Así, en el artículo 5 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas se establece que pueden ser objeto del dominio público los bienes y derechos. Bienes que pueden ser muebles e inmuebles.

Las normas administrativas no definen lo que se entiende por bienes inmuebles y muebles. De ahí que sea necesario acudir al Código Civil. A estos efectos debe tenerse en cuenta que en el artículo 346 del citado Código se dice que cuando por disposición de la ley, o por declaración individual, se use la expresión de cosas o bienes inmuebles, o de cosas o bienes muebles, se entenderán comprendidas en ellas las enumeradas en los artículos 334 y siguientes del mismo.

Esta remisión a los artículos 334 y siguientes del Código va a conllevar que para determinar los elementos que integran un bien inmueble de dominio público sea necesario acudir a lo previsto en el artículo 334 del Código. Precisamente, de acuerdo con este artículo, en el bien inmueble demanial se comprenden las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo; los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieran unidos a la tierra o formasen parte integrante de un inmueble; todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto; o las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de

LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO SON AQUELLAS COSAS SUSCEPTIBLES DE APROPIACIÓN CUYA TITULARIDAD CORRESPONDE A UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ESTÁN FUERA DEL COMERCIO

(78) Con anterioridad, ya se había admitido expresamente que las Administraciones no territoriales pudieran ser titulares de bienes de dominio público. En el caso, por ejemplo, de las Universidades vid. el artículo 53 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria de 1983. Vid., también, en relación con el titular del dominio público las consideraciones y bibliografía citada en E. COLOM, "La gestión de los servicios públicos por las Administraciones locales y el dominio público: posibilidades de articulación", REDA, núm. 101 (1999), págs. 36 y ss. Vid. además, en relación con el titular del dominio público, J. GONZÁLEZ GARCÍA, *La titularidad de los bienes del dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.

Por otra parte, en un visión vertical del bien inmueble se comprenden dentro del mismo el subsuelo existente debajo de esa superficie y el vuelo sobre la misma, tal y como ha reconocido la jurisprudencia⁷⁹.

c) **Elemento finalista.** Los bienes de dominio público están destinados a un fin público. Para determinar lo que se entiende por tal el artículo 5.1 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas utiliza dos criterios distintos: un criterio enumerativo, es decir, son bienes de dominio público los que la ley declara expresamente como tales; y un criterio finalista genérico, o sea, son bienes de dominio público los destinados al uso general o al servicio público.

De acuerdo con el criterio enumerativo, son bienes de dominio público, por ejemplo, los mencionados en el artículo 132.2 de la Constitución (artículo 5.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas), los inmuebles en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de los órganos de las administraciones del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o de los órganos constitucionales del Estado (artículo 5.3 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas), los montes catalogados (artículo 12 de la Ley de Montes de 2003), los bienes destinados a la defensa nacional (artículo 339 del Código Civil) o los bienes comunales (artículos 79 y 80 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985).

Dicho criterio, en la medida en que resulta imposible enumerar todos y cada uno de los bienes que se consideran de dominio público, se complementa con otro finalista genérico: se califican como dominio público los destinados a un uso general o servicio público. Referencia al servicio público que la jurisprudencia ha interpretado de forma amplia, equiparándola prácticamente a competencias de las Administraciones públicas, a excepción de aquellas vinculadas a actividades económicas. Exclusión esta última que también se refleja en el artículo 7 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. En dicho precepto se califican como patrimoniales los bienes, los derechos de propiedad incorporal o los títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles.

La vinculación o desvinculación de los bienes y derechos al uso general o al servicio público, con la consiguiente integración en el dominio público o en los bienes patrimonia-

(79) En la jurisprudencia se parte de la atribución del subsuelo al titular de la superficie calificada de dominio público. Vid., por ejemplo, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1988. Subsuelo que tendrá la naturaleza jurídica de dominio público, como ha indicado la Sentencia de 24 de julio de 1990 de la Sala Tercera, Sección Sexta, del Tribunal Supremo. De la misma forma en la jurisprudencia también se atribuye el vuelo al titular de la superficie y se califica como dominio público. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia sobre la exigibilidad de las tasas por aprovechamientos especiales del vuelo sobre las vías municipales. Vid., por ejemplo, la Sentencia de 8 de febrero de 2000 de la Sala Tercera, Sección Segunda, del Tribunal Supremo. Vid., en relación con la visión vertical del dominio público, las consideraciones y bibliografía citada en I. GONZÁLEZ RÍOS, *El subsuelo, el vuelo y los espacios libres y zonas verdes*, Comares, Granada, 2002.

les, en función del caso del que se trate, se realiza mediante la afectación y desafectación. Técnicas que están contempladas en el artículo 132 de la Constitución y que pueden realizarse mediante un acto expreso o estar vinculada a los actos y hechos que contemplen las normas⁸⁰.

d) **Elemento normativo.** La categoría de los bienes de dominio público se caracteriza porque los bienes integrados en ella están fuera del comercio, es decir, son inalienables, imprescriptibles e inembargables⁸¹. En particular, en el artículo 132.1 de la Constitución se dice que la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. Previsión que se contiene también en el artículo 30.1 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. No obstante, dicho régimen jurídico es propio de los bienes de dominio público en tanto no hayan sido desafectados y transformados en bienes patrimoniales. Bienes patrimoniales que están dentro del comercio, según se indicará en el apartado siguiente.

C) Los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas afectos a servicios públicos y funciones públicas

Las Administraciones públicas son titulares de bienes de dominio público y de bienes patrimoniales. Los primeros están afectos a un uso o servicio público y, por ello están fuera del comercio, y los segundos no están destinados a esas funciones públicas⁸².

Tradicionalmente se ha considerado que los bienes patrimoniales no están destinados a fines públicos y su función principal consiste en producir rentas a las Administraciones propietarias. Desde este punto de vista no existe una diferencia relevante entre los bienes patrimoniales y la propiedad privada de los particulares. Como se indica en el artículo

(80) En el caso del Estado vid. la regulación de la afectación y desafectación contenida en los artículos 65 y ss. de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. En relación con los citados artículos, vid. M. FRANCH SAGUER, "Afectación y desafectación de los bienes y derechos públicos", *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, op. cit., págs. 385 y ss., y bibliografía allí citada. Vid. también artículo 81 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985. En relación con la afectación y desafectación, vid. J. CLIMENT BARBERA, *La afectación de bienes al uso y servicio público*, Diputación provincial de Valencia, Valencia, 1979; A. SÁNCHEZ BLANCO, *La afectación de los bienes al dominio público*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1979; y J.M. SALA ARQUER, *La desafectación de los bienes de dominio público*, Madrid, 1980.

(81) La consideración del dominio público como una cosa fuera del comercio constituye una de las notas esenciales para la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre. En concreto, en la citada Sentencia se dice lo siguiente:

"El significado de la institución del dominio público refuerza esta interpretación. En efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines".

En relación con el régimen jurídico, vid. M.F. CLAVERO AREVALO, *La inalienabilidad del dominio público*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1958; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho administrativo*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1998; y L.A. BALLESTEROS MOFFA, *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones públicas*, Colex, Madrid, 2000.

(82) En relación con los bienes patrimoniales, vid. C. CHINCHILLA MARÍN (Coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004; C. CHINCHILLA MARÍN, *Bienes patrimoniales del Estado*, Marcial Pons, Madrid, 2001, y bibliografía allí citada; y M.A. GONZÁLEZ BUSTOS, *Los bienes de propios. Patrimonio local y Administración*, Marcial Pons, Madrid, 1998, y bibliografía allí citada.

345 del Código Civil, son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, de la Provincia y del Municipio, los pertenecientes a particulares individual o colectivamente. En correspondencia con esta calificación como propiedad particular, estos bienes se consideran enajenables, embargables y prescriptibles en el artículo 30 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003.

Si todos los bienes patrimoniales no estuvieran afectos a fines públicos y se equipararan a bienes de particulares de propiedad privada, no serían objeto de tratamiento en el presente apartado. Sin embargo, dentro de los bienes patrimoniales es preciso identificar un grupo que está afecto a funciones o fines públicos⁸³. Dentro de este grupo puede mencionarse, por ejemplo, el patrimonio municipal de suelo, calificado como bien patrimonial y destinado al fin público determinado en la normativa urbanística; o hasta la Ley de Montes de 2003 también se integraban en este grupo los montes catalogados, considerados como bienes patrimoniales y sometidos a la protección contemplada en la legislación de montes. Es precisamente esta categoría de bienes patrimoniales afectos a finalidades públicas la que se examinará a continuación.

En relación con este grupo de bienes, es necesario señalar que en la actualidad no existe una regulación general y sistemática de los mismos en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 o en la legislación sectorial. Ausencia de reglas que puede obedecer a la diversidad de fines que cumplen estos bienes. De ahí que su régimen jurídico sea preciso deducirlo de un conjunto de preceptos dispersos contenidos en la propia Ley de Patrimonio o en la legislación sectorial. Aplicación de la normativa sectorial complementaria prevista expresamente en el artículo 7.3 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Comenzando con el examen de esta categoría de bienes, debe indicarse que se alude a ellos en el artículo 30.3 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas como aquellos bienes y derechos patrimoniales que se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública o se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presenten servicios de interés económico general⁸⁴. Del citado artículo se deduce que debe existir una afectación

(83) La necesidad de estudiar sistemáticamente esta categoría tiene su origen en la declaración de inconstitucionalidad del artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales de 1988 por la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio, y la consideración de los bienes patrimoniales no afectos a funciones públicas como embargables. En relación con esta categoría, vid. E. COLOM, "Los bienes públicos y su estatuto jurídico: Reflexiones en torno a la inconstitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes públicos declarada por la STC 166/1998, de 15 de julio", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 19 (1999), págs. 17 y siguientes; E. COLOM, "La inembargabilidad de los bienes de las Entidades locales después de la STC 166/1998, de 15 de julio. Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y la legislación aprobada con posterioridad", *Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4 (2000), págs. 13 y ss. y E. COLOM, "El aprovechamiento y explotación de los bienes y derechos patrimoniales", *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones públicas*, op. cit., págs. 565 y ss.

(84) De forma similar se definen en la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio. En el mismo sentido el artículo 173.2 de la Ley de Haciendas Locales de 2004 alude a unos bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.

material a un fin público y que ese fin público puede estar constituido por un servicio público o una función pública⁸⁵.

En relación con el primero de los requisitos hay que señalar que no existe en nuestro Derecho una regulación general de la afectación de los bienes patrimoniales a fines públicos, por lo que será preciso atenerse a la regulación sectorial. En este sentido, por ejemplo, el patrimonio municipal del suelo se define en el artículo 276.2 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 como un patrimonio separado de los restantes bienes municipales destinado a las finalidades previstas en su artículo 280; y en el artículo 16.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 se dice que los bienes patrimoniales que resultaren calificados como suelo urbano o urbanizable quedarán afectos al patrimonio municipal del suelo. En caso de no existir regulación en la norma sectorial, será necesario un acto expreso, tácito o presunto de afectación de ese bien patrimonial al fin público, si bien no está regulado específicamente dicho procedimiento en la normativa de patrimonio.

Y en cuanto al segundo requisito, el fin público que cumplen, en el artículo 30.3 citado se alude a ellos de forma genérica. En consecuencia, debe entenderse por función pública o servicio público todo aquel fin público que sea competencia de una Administración y que no dé lugar a la calificación del bien como dominio público. Dentro de estos fines se comprenden las actividades económicas y los bienes vinculados de forma directa a ellas, o los títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presenten servicios de interés económico general⁸⁶.

Partiendo de la definición de esta clase de bienes contenida en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y que se acaba de exponer, es necesario determinar su régimen jurídico. En el artículo 30.3 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 se es-

**DENTRO DE LOS BIENES
PATRIMONIALES ES
PRECISO IDENTIFICAR UN
CAMPO QUE ESTÉ AFECTO
A FUNCIONES O FINES
PÚBLICOS**

(85) En relación con los dos requisitos, *vid.* las consideraciones realizadas por E. COLOM, *La inembargabilidad de los bienes de las Entidades locales*, *op. cit.*, págs. 32 y ss.; y E. COLOM, *Los bienes públicos y su estatuto jurídico*, *op. cit.*, págs. 33 y ss.

(86) En definitiva, esta categoría es paralela a la noción de dominio público. La exclusión del dominio público de los bienes destinados a las actividades económicas de la Administración ha llevado a que estos bienes se consideren bienes patrimoniales afectos a fines públicos. No obstante, existe un segundo supuesto de bienes patrimoniales afectos a funciones públicas. Se trata de aquellos bienes afectados materialmente a un uso o servicio público y no mediante acto expreso, que conllevaría su consideración como bienes de dominio público. Al no haberse afectado expresamente al dominio público, estos bienes durante el plazo marcado por la ley se configuran como bienes patrimoniales afectos a un uso o servicio público. *Vid.*, en relación con este segundo supuesto, las consideraciones realizadas por E. COLOM, *La inembargabilidad de los bienes de las Entidades locales*, *op. cit.*, págs. 34 y 35.

tablece que dichos bienes son inembargables. Inembargabilidad que fue declarada también con anterioridad por la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio, dictada como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales de 1988, y que también se recoge en el artículo 173.2 de la Ley de Haciendas Locales de 2004.

Además, por lo que respecta a la posibilidad de enajenarlos y la susceptibilidad de ser prescriptibles, en el artículo 30.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas se dice que los bienes podrán ser enajenados siguiendo el procedimiento y previo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos y podrán ser objeto de prescripción de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil y en las leyes especiales. Regulación de la que se deduce que será en la legislación sectorial, con fundamento en la importancia del fin público que cumplen estos bienes, donde se declaren si son inalienables e imprescriptibles. Así, por ejemplo, en la legislación de montes anterior a la Ley de Montes de 2003 se consideraban a los montes catalogados como bienes patrimoniales inalienables y prescriptibles.

No obstante, en el caso de que en la ley sectorial no se establezca una previsión específica, su régimen jurídico dependerá de la compatibilidad de la enajenación con el fin público. Es decir, estos bienes se podrán enajenar cuando sea necesario para el cumplimiento del fin o cuando no sea contrario al mismo. Por ejemplo, el cumplimiento de los fines a los que está destinado el patrimonio municipal del suelo puede requerir su enajenación, pero no puede venderse para otros fines distintos a los previstos en la norma, puesto que en caso contrario el contrato estaría viciado. En definitiva, esta clase de bienes puede afirmarse que gozan del privilegio de la inalienabilidad relativa, es decir, pueden enajenarse siempre que esta acción no sea contraria al fin público⁸⁷.

Finalmente, debe señalarse que el régimen de utilización está supeditado al cumplimiento del fin público. De ahí que no resulten aplicables los principios y reglas propias de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos, sino los contemplados en la legislación sectorial reguladora de ese fin público o, en caso de no existir, los preceptos dispersos en la legislación de patrimonio aplicables al efecto⁸⁸.

De lo expuesto en el presente estudio se deduce que existen tres categorías de cosas de especial relevancia para el Derecho administrativo: las cosas comunes, los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales afectos a un servicio público o función pública. Cada uno de ellos está sometido a un régimen jurídico especial. Estas cosas públicas serán objeto de análisis específicos en los estudios que a continuación se contienen en esta monografía.

(87) Vid., en relación con el régimen jurídico de esta categoría de bienes patrimoniales afectos a fines públicos, las consideraciones realizadas en E. COLOM, *Los bienes públicos y su estatuto jurídico*, op. cit., págs. 36 y ss.

(88) Vid., en relación con las normas de aprovechamiento de los bienes patrimoniales afectos a servicios públicos y funciones públicas, las consideraciones realizadas en E. COLOM, *El aprovechamiento y explotación de los bienes y derechos patrimoniales*, op. cit., págs. 565 y ss.

El deslinde de los bienes públicos

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

**Profesora Ayudante Doctora de
Derecho Administrativo de
la Universidad de Zaragoza**

Resumen

EL DESLINDE DE LOS BIENES PÚBLICOS

Entre las potestades que el ordenamiento jurídico reconoce a la Administración en orden a proteger sus bienes se encuentra la de deslinde, predicable de cualquier inmueble público, demanial o patrimonial, cuyos límites resulten imprecisos o presenten indicios de usurpación. Sobre esta potestad se reflexiona en el presente trabajo, que presenta un especial detenimiento en lo que concierne a sus efectos. Éstos son distintos en normas sec-

toriales que regulan bienes demaniales tan significados como las aguas continentales o las costas –en las que se atribuye al deslinde la declaración tanto de su situación posesoria como de su titularidad dominical– y en la LPAP, en la que sólo se le reconoce el primero. Igualmente se trata la cuestión de la dualidad jurisdiccional civil/contencioso-administrativa existente para solucionar las controversias que plantee.

Abstract

THE DEMARCATION OF PUBLIC PROPERTY

Among the powers that the juridical system recognizes to the Administration in order to protect its possessions is that of demarcation, communicable of any public property, of public domain or patrimonial, whose limits are imprecise or present usurpation indications. On this power it is meditated in this work, that presents an special thoroughness concerning its effects. These effects are different in sectorial

norms that regulate possessions of public domain so distinguished as the continental waters or the costs –in which it is ascribed to the demarcation the declaration of its possessional situation so as its dominational ownership– and in the LPAP, in which is only recognized the first one. Equally it is studied the question of the civil/contentious-administrative jurisdictional duality to solve the outlined controversies.

Sumario:

I. Introducción: la protección de los bienes públicos determina el reconocimiento a sus titulares de facultades exorbitantes en su relación, entre las que se encuentra la de deslinde.

II. La condición jurídica del deslinde: potestad conferida por ley como manifestación del privilegio de autotutela, traducida en el ejercicio de actos administrativos ejecutivos. III. Los aspectos subjetivo y objetivo del deslinde. A) Elemento subjetivo: la potestad de deslinde se atribuye a las Administraciones públicas con carácter irrenunciable. El posible ejercicio judicial del deslinde. B) Elemento objetivo: el deslinde se realiza sobre bienes inmuebles demaniales o patrimoniales de las Administraciones públicas cuyos límites sean imprecisos o existan indicios de usurpación. **IV. El procedimiento de deslinde.** A) La incoación del procedimiento de deslinde.

B) La tramitación del procedimiento de deslinde. C) La finalización del procedimiento de deslinde. **V. Los efectos del deslinde en la LPAP frente a los supuestos especiales de deslindes sectoriales. Los terrenos sobrantes.** A) A diferencia de lo establecido sobre señalados bienes demaniales, la regulación del deslinde por la LPAP le reconoce el efecto de declarar su situación posesoria, nunca su titularidad dominical. B) Los terrenos sobrantes como consecuencia del deslinde de bienes de dominio público resultarán desafectados, pasando a tener consideración patrimonial.

VI. El orden competente para conocer de las controversias suscitadas en ejercicio de la potestad de deslinde: la dualidad jurisdiccional civil/contencioso-administrativa. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS DETERMINA EL RECONOCIMIENTO A SUS TITULARES DE FACULTADES EXORBITANTES EN SU RELACIÓN, ENTRE LAS QUE SE ENCUENTRA LA DE DESLINDE

Los bienes y derechos que integran el patrimonio de las distintas Administraciones públicas, precisamente en atención a quienes son sus sujetos titulares –éstas– y a los fines de interés general con los que, por esta circunstancia, se les supone alineados –mucho más evidentes en el caso de los demaniales, adscritos al uso y al servicio público, pero también presentes en los patrimoniales, sobre todo si están afectados a una finalidad pública¹–, gozan de una serie de prerrogativas exorbitantes en orden a su tutela, reconocidas en la actualidad en el artículo 41 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP en adelante). Tampoco podía ser de otro modo, si se considera la obligación general que deriva del artículo 28 de esta misma norma y que impone a tales Administraciones el deber de proteger y defender sus bienes y derechos,

(1) La existencia de bienes patrimoniales destinados al cumplimiento de fines de interés general, aunque no estén, como los demaniales, afectados al uso general o al servicio público ha sido suficientemente demostrada en la doctrina por C. CHINCHILLA MARÍN, *Bienes patrimoniales del Estado*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 126 y ss.

cualquiera que sea su clase, ejerciendo, entre otras actuaciones, “las potestades administrativas procedentes”, en lo que supone una clara limitación a cualquier intención de actuación arbitraria en su relación.

El reconocimiento de las prerrogativas aludidas no constituye, ni mucho menos, una novedad introducida por el vigente ordenamiento patrimonial². Antes al contrario, la consideración de la especialidad de los bienes y derechos a que me refiero, como integrantes de los patrimonios públicos, ha determinado su tradicional vinculación con un haz de prerrogativas que les hacen divergir del régimen común de los bienes privados regulado en el Código Civil; divergencia que, traducida como digo en aquéllas, pretende asegurar la consolidación y el mantenimiento permanente de una masa de bienes anudada a los poderes públicos, con el fin de coadyuvarles en el cumplimiento de sus fines de satisfacción de los intereses generales³. Es así, y no de otra forma, como se explica la disposición de aquéllas, y que tal disposición y, sobre todo, las consecuencias derivadas de su ejercicio, no aparezcan en absoluto cuestionadas.

Como he avanzado, es el artículo 41 LPAP, antecitado, el que establece la disposición por las Administraciones públicas, y para la defensa de su patrimonio, de las facultades y prerrogativas de “investigar la situación de sus bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio, *deslindar* en vía administrativa los inmuebles de su titularidad, recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos,

**LAS ADMINISTRACIONES
TIENEN EL DEBER
DE PROTEGER Y
DEFENDER SUS BIENES Y
DERECHOS EJERCENDO
LAS POTESTADES
ADMINISTRATIVAS
PROCEDENTES**

(2) De hecho, sin remontarnos a antecedentes lejanos, debe notarse cómo ya la anterior legislación general sobre bienes de la Administración —el texto articulado de la Ley de Bases de Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril (LPE en adelante), y su Reglamento de desarrollo aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre (RPE)— las reconocía, si bien de un modo más parcial, al vincularlas exclusivamente, a excepción de la de deslinde —extensible a los demaniales—, a los bienes patrimoniales. E igualmente, en relación con los bienes locales, también la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Bienes de las Entidades Locales (RBEL) las contemplaban (y contemplan), si bien la lectura de estos textos ha de ser hecha a la luz de la actual LPAP que, por su vocación de aplicabilidad a todas las Administraciones públicas en buena parte de sus preceptos (incluido aquel artículo 41, básico), resulta de consideración prioritaria. Asimismo, leyes sectoriales vienen refiriéndose a ellas, anudadas en cada caso a los bienes concretos cuyo régimen jurídico se encargan de establecer: Leyes de aguas, costas, vías pecuarias, montes, etc. E igualmente, la normativa de patrimonio que han ido aprobando diversas Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias estatutariamente asumidas, constituyendo un buen ejemplo de ello los artículos 12 a 16 y 45 a 47 del Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, que las reconoce, respectivamente, en relación con los bienes demaniales y con los bienes patrimoniales autonómicos. Puede verse un comentario sobre éstas y otras cuestiones reguladas en la citada norma en mi trabajo “El patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón”, en la obra colectiva dirigida por A. EMBID IRUJO *Derecho Público Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2005, págs. 1031 y ss.

(3) Se obtiene una panorámica sintética de la configuración histórica de estas prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos en el trabajo de J.A. CARRILLO DONAIRE “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde”, en la obra colectiva coordinada por C. CHINCHILLA MARÍN *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 328-339. En relación exclusiva con su predicamento de los bienes de dominio público, también con esta perspectiva histórica, véase el trabajo de T. FONT I LLOVET “La protección del dominio público en la formación del Derecho Administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños”, *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990.

y desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales una vez extinguido el título que amparaba la tenencia”. En puridad, a ellas hay que unir, para obtener una visión completa de las medidas de protección de los patrimonios públicos, las limitaciones a la disponibilidad de los bienes y derechos que los componen establecidas en los artículos 30 y 31 LPAP (inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los demaniales, inembargabilidad de los patrimoniales materialmente afectados a un servicio o función pública), así como las obligaciones de su inventario y registro —ya en el de la Propiedad, ya en los Catálogos ordinalmente dispuestos al efecto, caso del Catálogo de Montes— que determinan los artículos 32 a 40 de la misma norma⁴.

En cualquier caso, y reivindicando la indudable trascendencia de todas las enunciadas, sin excepción, se avanza que en este trabajo sólo va a ser objeto de análisis la facultad de deslinde. Sobre ella, pues, en exclusiva, va a reflexionarse a lo largo de las siguientes páginas.

II. LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL DESLINDE: POTESTAD CONFERIDA POR LEY COMO MANIFESTACIÓN DEL PRIVILEGIO DE AUTOTUTELA, TRADUCIDA EN EL EJERCICIO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EJECUTIVOS

En términos muy simples, el deslinde puede definirse como aquella herramienta jurídica que permite concretar los límites de los bienes en los casos en que existen dudas sobre su alcance. El deslinde entre particulares permite, pues, que éstos solucionen posibles discusiones sobre los márgenes de las propiedades privadas colindantes. El deslinde administrativo, por su parte, posibilita la determinación precisa de la extensión de los bienes públicos demaniales y patrimoniales, diferenciándolos de otros contiguos respecto de los cuales no están claros sus límites. Como textualmente establece el artículo 50.1 LPAP, “las Administraciones públicas podrán deslindar los bienes inmuebles de su patrimonio de otros pertenecientes a terceros cuando los límites entre ellos sean imprecisos o existan indicios de usurpación”, y si bien resulta obvio que este contenido no supone una definición en sentido estricto, sí faculta, desde luego, para considerar correcta aquella consideración inicialmente propuesta.

A la vista de esta conceptualización dada, un primer planteamiento sobre su condición llevaría, muy posiblemente, a identificarlo con una facultad dimanante del derecho de propiedad. Efectivamente, al igual que ocurre con los bienes de propiedad de los particulares, que pueden deslindarse en caso de controversia ante la jurisdicción civil (artículos 384 a 387 del Código Civil), es factible pensar que los bienes y derechos de las Administraciones públicas, que también cabría entender de su propiedad, pueden ser, por idéntica razón, objeto de esta facultad ante la misma eventualidad⁵. De hecho, ésta es la forma en que el deslinde ha sido considerado por sus analistas ya clásicos, quienes, en la medida en que la afirmación es indubitada en relación con los bienes patrimoniales y en que, por

(4) Así, B. MARINA JALVO en su trabajo “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos”, en la obra colectiva dirigida por J.F. MESTRE DELGADO *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2004, págs. 440-441.

(5) Más si se considera, como destacó S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, que se trata de una de las instituciones recibidas por el Derecho administrativo en calidad de préstamo del Derecho civil, en el que surge. Vid. *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, 2ª edición, págs. 47 y ss.

lo que hace a los demaniales, parten de una concepción patrimonialista de los mismos –los bienes de dominio público son también, como los anteriores, de propiedad de la Administración–, consideran cualquier facultad exorbitante en su relación, y el deslinde en particular, como una manifestación de ésta⁶.

Sin embargo, una mayor reflexión sobre la respuesta a aquella cuestión –considerando más elementos en presencia– evidenciaría casi inmediatamente la condición de prerrogativa que presenta el deslinde. Así es. Más allá de una consecuencia necesaria del derecho de propiedad, como ocurre en el de los privados, el deslinde de los bienes públicos va a situarse netamente en el plano de los privilegios reconocidos a los poderes públicos para facilitarles el desarrollo de su misión pública general. Sobre todo si se atiende a que, como habrá ocasión de comprobar seguidamente, su realización compete a la propia Administración, y a que sus efectos superan en mucho a los propios de la delimitación de bienes cuando ésta se realiza entre propiedades particulares⁷.

De manera más concreta, y como han señalado entre otros J.I. MORILLO-VELARDE PÉREZ⁸ y J. GONZÁLEZ SALINAS⁹, el deslinde de los bienes públicos debe encuadrarse en la posición de autotutela que caracteriza a nuestras Administraciones públicas, y que, en lo que aquí se trata, les permite acometer la defensa autónoma e inmediata de sus bienes y derechos a través de esa herramienta, sin dependencia de una eventual decisión al efecto de los Tribunales de Justicia¹⁰. Jurídicamente, pues, y en puridad, se trata de una potestad que, en cumplimiento del principio de legalidad, atribuye el ordenamiento jurídico –la LPAP en el caso presente– a aquellas Administraciones, al amparo del citado privilegio de autotutela y para el cumplimiento último de sus fines de satisfacción de los intereses generales, propios ex artículo 103.1 de la Constitución. Potestad que, como tal, va a concretarse en una serie de actuaciones técnicas procedimentalizadas; en actos administrativos de carácter ejecutivo que serán los que determinen los límites concretos de los bienes públicos, y frente a los que cabrá ya sí, en caso de discrepancia, impugnación judicial ante la jurisdicción civil, como se verá más detenidamente.

(6) Así, E. RIVERO YSERN, *El deslinde administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1967, págs. 71 y ss., y V. MENDOZA OLIVÁN, *El deslinde de los bienes administrativos*, Tecnos, Madrid, 1968, págs. 67 y ss.. Recientemente insisten en esta consideración J.A. CARRILLO DONAIRE. (“Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde”, op. cit., pág. 360) y J.V. GONZÁLEZ GARCÍA (“Notas sobre el régimen general del dominio público”, en la obra colectiva dirigida por este mismo autor *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pág. 101).

(7) En este sentido se manifestó tempranamente F. FUENTES BODELÓN (*Derecho Administrativo de los Bienes*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1977, págs. 130 y ss.). Igualmente M. SÁNCHEZ MORÓN, que considera que el deslinde de los bienes públicos es una prerrogativa de la Administración que se diferencia del deslinde de fincas particulares en que éste debe resolverse judicialmente en caso de conflicto entre sus propietarios [Los bienes públicos (régimen jurídico), Tecnos, Madrid, 1997, pág. 67] y J. GONZÁLEZ SALINAS, que afirma literalmente que el deslinde es una prerrogativa unilateral de la Administración en defensa de sus bienes (*Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 515). En análogo sentido J.I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, que destaca el carácter unilateral del deslinde administrativo –la Administración no debe contar para su realización con la voluntad de sus colindantes (lo que no obsta, obviamente, que tenga obligación de darles cabida en el procedimiento), ni necesita de la autoridad de un juez al efecto– frente al recurso al contrato interpartes o al acto de jurisdicción voluntaria que caracteriza al deslinde entre particulares (*Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992, pág. 143).

(8) *Ibidem*, pág. 141.

(9) *Ibidem*, págs. 433-437.

(10) Decisión que, como recuerda R. PARADA VÁZQUEZ, sólo resultaría precisa en caso de una eventual revisión de la validez y regularidad de la decisión administrativa de deslinde, efectuada a posteriori de su pronunciamiento y ejecución, cuando el administrado afectado insista en su pretensión contraria, instrumentándola como una impugnativa. *Vid. Derecho Administrativo III (Bienes públicos. Derecho Urbanístico)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 10ª edición.

III. LOS ASPECTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL DESLINDE

A) Elemento subjetivo: la potestad de deslinde se atribuye a las Administraciones públicas con carácter irrenunciable. El posible ejercicio judicial del deslinde

De acuerdo con lo dispuesto en aquel artículo 50.1 LPAP anteriormente transcrito, la potestad de deslinde debe entenderse atribuida en la actualidad a “las Administraciones públicas”. A diferencia, por tanto, de la anterior normativa —en la que, por la obvia cuestión de la organización territorial existente, sólo detentaba la condición de titular de bienes y derechos y, consecuentemente, de las potestades a ellos anudadas el Estado, teniendo el patrimonio local su sede normativa en la Ley de Régimen Local de 1955 y en el Reglamento de Bienes de 27 de mayo del mismo año—, el vigente ordenamiento patrimonial considera como sujeto destinatario de sus previsiones y, más concretamente, de aquella potestad para delimitar sus bienes a todas las Administraciones públicas, en cuanto que titulares de los mismos y obligados a su defensa¹¹. Porque, en efecto, no debe olvidarse que esta norma, además de contener el régimen jurídico del patrimonio de la Administración General del Estado y de los organismos públicos de ella dependientes (artículo 2.1 LPAP), pretende fijar las bases del régimen patrimonial del resto (artículo 1), autoproclamando en este sentido legislación general y/o básica en la materia a buena parte de su articulado¹². Sin ir más lejos, el mismo artículo 50.1 tiene carácter básico ex Disposición Final Segunda de la misma Ley, lo que determina su aplicación inmediata en defecto de legislación autonómica sobre patrimonio y el respeto, en cualquier caso, a su contenido.

A mayor abundamiento, y se considera la naturaleza jurídica de potestad que presenta el deslinde, hay que convenir en que son aquellas Administraciones públicas convertidas por mor de la Ley en sus titulares quienes deben actuarla, habida cuenta que carecen de la posibilidad de renunciar a ella. Se trata, como bien afirmó en su momento V. MENDOZA OLIVÁN¹³, de un privilegio exclusivo e indisponible de la Administración; de una potestad que no puede ser compartida con los particulares colindantes por medio de convenio dispositivo; de un auténtico deber que no puede ser suplido por actos de abdicación vo-

(11) Con la evidente exclusión de las sociedades mercantiles públicas, que vienen imposibilitadas para desplegar facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública por mor de lo establecido en la Disposición Adicional Duodécima.1 de la LOFAGE.

(12) Según el apartado 2 del artículo 2 LPAP, “serán de aplicación a las Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración local, y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas los artículos o partes de los mismos enumerados en la Disposición Final Segunda”. Es esta Disposición, pues, la que determina qué preceptos resultan sólo de aplicación al patrimonio del Estado, y cuáles, por su carácter general o básico, se extienden asimismo al resto de Administraciones.

Debe notarse, sin embargo, como ha recordado en la doctrina entre otros J.A. CARRILLO DONAIRE, que aquella tendencia pretendida a la unidad de los patrimonios públicos se ha visto muy minorada en la práctica, tanto por la multiplicación de normas reguladoras de distintos organismos públicos en las que se refuerza la independencia de gestión de sus bienes como, lo que es más grave, por la propia realidad normativa que se desprende de la LPAP. En efecto, existen numerosas excepciones a su aplicación derivadas de lo dispuesto por varias Disposiciones Adicionales y por la Disposición Final Cuarta, de tal relevancia que permiten concluir en el alejamiento de aquella Ley respecto de la unidad del patrimonio que tan enfáticamente preconiza en sede de principios. Vid. “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde”, *op. cit.*, pág. 347. En análogos términos, B. MARINA JALVO, “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos”, *op. cit.*, pág. 439.

(13) *El deslinde de los bienes de la Administración*, *op. cit.*, págs. 51, 55 y 61-64.

luntaria por su parte que pretendan someter el procedimiento de deslinde al Derecho privado. Sin embargo, y a la luz de la actual redacción de la LPAP, podrían resultar de dudosa defensa sus afirmaciones, hechas en el mismo orden de consideraciones, acerca de la valoración de tal potestad como en modo alguno alternativa con los poderes de la autoridad judicial para ejercer materialmente el deslinde, actuando a instancia de un particular colindante¹⁴. Porque, en efecto, aunque pueda entenderse la racionalidad de las mismas y, más aún, convenir con C. HORGUÉ BAENA en que admitir lo contrario supondría quebrar la esencia institucional del deslinde¹⁵, lo cierto es que el tenor literal del artículo 50.2 de la vigente Ley de patrimonio, objetivamente, se limita a prohibir la simultaneidad del procedimiento administrativo a través del que se ejercita con un proceso judicial con la misma pretensión –lo que no obsta por supuesto, que una vez concluido aquél pueda instarse la revisión jurisdiccional de su resolución–, pareciendo consentir, a contrario sensu, que la delimitación de los bienes públicos se realice judicialmente –ante la jurisdicción civil, al tratarse de cuestiones de propiedad– en el caso de que un colindante llegara a solicitarlo antes de que la Administración de oficio, por propia iniciativa o a petición de los colindantes [artículo 52.a) de la misma norma], hubiese procedido a iniciar aquel procedimiento¹⁶. Desde luego, es ésta y no otra la interpretación, cuestionable pero objetiva, que se desprende de la literalidad del precepto¹⁷ y que, por cierto, también venía apuntada en la legislación precedente¹⁸.

En cualquier caso, sobre lo que no puede dudarse es sobre la obligatoriedad del ejercicio de la potestad de deslinde por parte de la Administración, evitando que el carácter facultativo con el que el antecitado artículo 50.1 LPAP la plantea –“las Administraciones públicas podrán deslindar...”– lleve a interpretar una libertad absoluta en orden a acordarlo de la que éstas carecen. Todo lo contrario: como se comprobará a continuación,

**EL DESLINDE SE
REALIZA SOBRE BIENES
INMUEBLES DEMANIALES
O PATRIMONIALES DE
LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS CUYOS LÍMITES
SEAN IMPRECISOS O
EXISTAN INDICIOS
DE USURPACIÓN**

(14) *Ibidem*, pág. 55. En análogo sentido se manifestó E. RIVEROYSERN, quien afirmó la incompetencia de los jueces civiles para citar a la Administración a un deslinde iniciado ante ellos por particulares, que vaya a desarrollarse, obviamente, de conformidad con el Derecho privado. Cfr. “Concepto, naturaleza jurídica y elementos del deslinde administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 52, 1967, págs. 261 y ss.

(15) Vid. *El deslinde de costas*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 140.

(16) De hecho, así lo interpreta la propia C. HORGUÉ BAENA en su trabajo posterior “Las potestades administrativas para la protección de los montes públicos”, en la obra colectiva coordinada por L. CALVO SÁNCHEZ *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 609.

(17) “Una vez iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, y mientras dure su tramitación, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión.”

(18) En la que el artículo 13 LPE establecía, en términos similares, que “iniciado el procedimiento administrativo de deslinde no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión”.

siempre que se den las circunstancias que el mismo precepto impone como condiciones necesarias para su ejercicio, aquellas Administraciones *vendrán obligadas* a realizarlo, en cumplimiento del deber de protección y defensa de sus bienes (artículo 28 LPAP, antecitado), como manifestación del privilegio de autotutela del que goza¹⁹.

B) Elemento objetivo: el deslinde se realiza sobre bienes inmuebles demaniales o patrimoniales de las Administraciones públicas cuyos límites sean imprecisos o existan indicios de usurpación

Como se ha mencionado anteriormente, la finalidad que persigue el deslinde administrativo es la de establecer los límites de los bienes públicos respecto de otros colindantes que no sean de titularidad de la Administración que lo realiza, ya porque pertenezcan a particulares —situación más habitual²⁰—, ya porque sean de titularidad de otra Administración pública distinta. Nada obsta, por tanto, a que el deslinde tenga carácter interadministrativo, cuando lo que se trate de delimitar sean los márgenes de bienes de diferentes Administraciones e, incluso, como entendió E. RIVERO YSERN, de bienes de una misma Administración que disponen de órganos específicos distintos encargados de llevar a cabo aquél²¹.

En cualquier caso, sea quien sea el sujeto frente a cuyos bienes se deslindan los de la Administración pública, lo que resulta evidente es que, en la actualidad, estos últimos pueden ser tanto patrimoniales como demaniales, al predicar el artículo 41.1 LPAP la potestad de todo el patrimonio de las Administraciones públicas, integrado por ambos tipos de bienes²². Se ha procedido así, como ha señalado repetidamente la doctrina²³, a una expansión del régimen amplificado inicialmente pensado para los bienes de dominio público hacia todas las propiedades administrativas, con independencia de su carácter, y sin que ello sea obstáculo a que *de facto*, y por mor de la misma legislación patrimonial o de sus disposiciones específicas, los bienes de dominio público sigan manteniendo además un plus de exorbitancias para su protección, como pueden ser, por ejemplo, la facultad de desahucio administrativo o el ejercicio temporalmente ilimitado de la potestad de recuperación de oficio —reducido a un año, a contar desde el día siguiente de la usurpación, en el caso de los bienes patrimoniales—²⁴.

(19) A diferencia de la anterior LPE, cuyo artículo 13, antecitado —“la Administración podrá deslindar los inmuebles patrimoniales mediante procedimiento administrativo en el que se oiga a los particulares interesados”—, planteaba el deslinde en términos potestativos sin condicionantes, suscitando dudas en torno a su obligatoriedad. Cfr. I. JIMÉNEZ PLAZA, “El deslinde administrativo”, en la obra colectiva dirigida por J.F. MESTRE DELGADO, *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones públicas*, op. cit., págs. 626-627.

(20) Singularmente cuando se trata de deslindar bienes integrantes del dominio público, frente a los que son relativamente frecuentes las usurpaciones privadas. Vid., ejemplificativamente, todas las crónicas de jurisprudencia sobre demanio público costero que he elaborado desde su primer número para la *Revista Justicia Administrativa* editada por Lex Nova: en los varios centenares de Sentencias consideradas siempre la cuestión del deslinde se ha planteado entre la Administración costera y los particulares, ya sea éstos personas físicas o jurídicas.

(21) Vid. *El deslinde administrativo*, op. cit., págs. 210-211.

(22) Quedan al margen las entidades públicas empresariales que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 de ese mismo artículo 41 LPAP, sólo podrán ejercer las potestades para la defensa de sus bienes demaniales.

(23) Cfr. por todos R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo III (Bienes públicos. Derecho Urbanístico)*, op. cit. Igualmente C. CHINCHILLA MARÍN, *Bienes patrimoniales del Estado*, op. cit., págs. 43 y ss. y J.A. CARRILLO DONAIRE, “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde”, op. cit., págs. 339-340.

(24) Puede obtenerse una explicación de primera mano acerca de la extensión de esta última facultad fuera del tradicional plazo posesorio de un año en relación con los bienes demaniales en el trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Inscripción

No basta, sin embargo, con estar en presencia de cualquier clase de bienes de las Administraciones públicas para poder actuar la potestad de deslinde. Al contrario. El ya varias veces citado artículo 50.1 LPAP establece una serie de condiciones que deben cumplir los mismos, y cuya concurrencia resulta necesaria para proceder a su deslinde. De esta manera, el precepto exige, en primer lugar, que se trate de *bienes inmuebles*, lo que resulta de todo punto lógico pues sólo éstos presentan situaciones de colindancia con otras propiedades que pueden ser dudosas²⁵. E impone además, en segundo lugar, que sus límites resulten imprecisos o existan sobre ellos indicios de usurpación²⁶. En estos casos, como se ha avanzado, la Administración vendrá obligada –no simplemente facultada– a iniciar el procedimiento de deslinde, en defensa de sus bienes.

La imprecisión de los límites ha de entenderse, en el sentido que señala la LPAP, como la existencia de una confusión entre los márgenes de los bienes públicos y de las propiedades colindantes de tal índole que impide conocer el alcance exacto de los primeros respecto de las segundas. Y porque se trata precisamente de esto, para evitar valoraciones erróneas no está de más destacar, como C. HORGUÉ BAENA, que las operaciones de determinación de límites que no responden a la fijación de confines de los bienes públicos no se enmarcan en el deslinde administrativo, siendo éste el caso, ejemplificativo, de las mediciones para el establecimiento de servidumbres públicas²⁷. Y por esta misma razón, también debe tenerse clara la imposibilidad de proceder a operaciones de deslinde cuando los límites entre las distintas propiedades están perfectamente determinados, aunque existan discrepancias sobre su posesión²⁸. El deslinde pretende acotar con exactitud la extensión de los bienes de las Administraciones públicas, y no es esto lo que se realiza cuando se procede a verificaciones métricas con fines no delimitadores, ni cuando el señalamiento de los márgenes es pacífico. Téngase siempre en cuenta.

Los indicios de usurpación, por su parte, deben considerarse como eso, meros indicios, y no como usurpaciones indiscutidas, que tienen su herramienta de oposición en la potestad de recuperación de oficio (SSTS de 17 de octubre de 2000, Ar. 7779, 3 de octubre de 2001, Ar. 6085 de 2002, 22 de marzo y 14 de mayo de 2002, Ar. 3444 y 5722, 25 de febrero de 2003, Ar. 2614, entre muchas otras). Si bien es cierto que, como recuerda

registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129, 2006, págs. 122-124.

(25) Como muy expresivamente afirma C. HORGUÉ BAENA, el hecho de que el deslinde mire a la delimitación de terrenos o fincas es consecuencia de que los bienes muebles aparecen ya delimitados en el espacio, mientras que los inmuebles se manifiestan en la realidad de forma continua, apareciendo diferenciados sólo idealmente en su titularidad. Véase *El deslinde de costas*, op. cit., pág. 136.

(26) En realidad, y pese a la redacción en términos alternativos del precepto, la imprecisión de los límites constituye realmente un elemento necesario, al margen de que, además, existan indicios de usurpación. Nunca, por tanto, se puede prescindir de aquella primera condición para proceder al deslinde; es éste el requisito ciertamente preciso. Por una razón tan sencilla como que no cabe deslindar lo que ya tiene claros sus límites, aunque en su relación haya dudas sobre su usurpación.

(27) *Ibidem*, pág. 137.

(28) Como indica J.A. CARRILLO DONAIRE, el deslinde no tiene como finalidad necesaria, a diferencia de la acción reivindicatoria, solventar una controversia posesoria (aunque, como se verá, tiene efectos posesorios declarativos), sino identificar los bienes que se encuentran en situación de colindancia imprecisa. Vid. “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde”, op. cit., pág. 361.

J.A. CARRILLO DONAIRE²⁹, la propia jurisprudencia ha reconocido una cierta dimensión recuperatoria del deslinde, al considerar que la imprecisión de límites que motiva su realización suele ser síntoma de usurpaciones, no es menos cierto que también los Tribunales de Justicia se han esforzado por delimitar ambas potestades, concluyendo que son la consumación de la usurpación y la mera señal indiciaria de la misma los elementos que, respectivamente, determinan el ejercicio de una u otra. De esta interpretación es buena muestra la STS de 20 de febrero de 1985, Ar. 2644, citada por aquel autor en su trabajo y, más recientemente, la STS de 10 de diciembre de 2003, Ar. 316 de 2004. Y, de hecho, la estricta individualización existente entre ambas se deduce también de la jurisprudencia, que reiteradamente viene insistiendo en la innecesariedad de ejercerlas sucesivamente o, más concretamente, en el ejercicio autónomo de la potestad de recuperación de oficio, sin necesidad de deslinde previo en el caso de que los límites de los bienes no se encuentren discutidos (SSTS de 19 de diciembre de 2001 Ar. 7119 de 2002, 27 de mayo de 2002, Ar. 9190, 12 de junio de 2002, Ar. 9550).

IV. EL PROCEDIMIENTO DE DESLINDE

Resulta evidente que el ejercicio de la potestad de deslinde demanda la prosecución del correspondiente procedimiento administrativo que, concluyente con la pertinente resolución, determine los límites precisos de los bienes de las Administraciones públicas (STS de 11 de noviembre de 1999, Ar. 9207). Sin embargo, la existencia, junto con la general y básica LPAP, de normativa autonómica de patrimonio, de normas sobre bienes locales, y de textos sectoriales generalmente referidos a bienes de dominio público, con el encargo todos ellos de fijar regímenes específicos en relación con los bienes a que se refieren y continentes, en lo que interesa, de disposiciones especiales respecto de su deslinde, determina, en buena lógica, la imposibilidad de hablar de un único procedimiento conforme al que proceder al mismo. El conocimiento concreto de cada uno de ellos hay que buscarlo, pues, en cada una de estas normas, limitándose la LPAP (artículos 51 y 52), como tampoco podía hacer de otro modo, a establecer *grosso modo* las líneas generales del procedimiento de deslinde de los bienes inmuebles demaniales y patrimoniales de la Administración General del Estado, y remitiendo en todo caso a un *non nato* Reglamento de desarrollo de la Ley la concreción detallada del mismo. Hasta entonces, y en tanto no se opongá a lo establecido por aquella Ley, puede resultar de aplicación lo dispuesto al efecto por los artículos 32 a 47 RPE; norma esta que no ha sido derogada expresamente por la Disposición Derogatoria Única de la LPAP. Lo que, en cualquier caso, queda fuera de toda duda es la necesidad de alineación de tal desarrollo procedimental, se refiera a los bienes que se refiera, con las reglas del procedimiento administrativo común establecidas en la Ley 30/1992, como no se ha cansado de recordar de uno u otro modo nuestra jurisprudencia (SSTS de 27 de enero, 10 de febrero, 31 de marzo, 27 y 28 de mayo de 1998, Ar. 1014, 1586, 3940, 4195 y 4200, 28 de octubre de 2003, Ar. 7863, entre muchas otras).

Así pues, y ante la imposibilidad de acometer en este trabajo el análisis individualizado de todos los procedimientos de deslinde normativamente reconocidos, amén de la

(29) *Ibidem*, pág. 362.

consideración de las similitudes estructurales que todos ellos presentan —con singularidades referidas en cada caso al tipo de bien del que se predicán—, voy a ceñirme a continuación a la exposición de las regulaciones establecidas para el deslinde de los bienes de la Administración General del Estado³⁰.

A) La incoación del procedimiento de deslinde

Según establece el artículo 52.a) LPAP, el procedimiento de deslinde de los bienes de la Administración General del Estado se iniciará de oficio, por propia iniciativa o a petición de los colindantes, siendo en este último caso a costa de éstos los gastos que se generen —que podrán serles exigidos, llegado el caso, en vía de apremio—, y debiendo constar en el expediente su conformidad expresa con ellos. A diferencia, pues, de la anterior LPE —que en su artículo 14 también reconocía la iniciativa a instancia de parte— y de buena parte de aquella normativa sectorial aludida precedentemente —en la que, como regla general, se admite la incoación procedimental a instancia de los interesados³¹—, la vigente normativa general de patrimonio señala a la Administración como única legitimada para incoar aquel procedimiento delimitador, admitiéndose, con las condiciones económicas señaladas, el impulso particular a la toma de tal acuerdo iniciador. En este último sentido, es importante saber que, como se ha encargado de clarificar la jurisprudencia, la petición particular a la Administración en orden a incoar el deslinde de bienes no puede ser desestimada de plano por ésta, viniendo obligada a realizar el apeo —el reconocimiento sobre el terreno, y ante los afectados, de la situación de los bienes para la fijación de sus linderos—, condicionado si lo desea a la presentación por los solicitantes de pruebas que permitan fijar los datos en base a los cuales dictar la resolución³². Por supuesto, siempre queda abierta la vía de recurso, ya adminis-

**EL EJERCICIO
DE LA POTESTAD
DE DESLINDE DEMANDA
LA PROSECUCIÓN
DEL CORRESPONDIENTE
PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO QUE
DETERMINE
LOS LÍMITES PRECISOS DE
LOS BIENES DE
LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS**

(30) Tratamientos singularizados de algunos procedimientos de deslindes pueden encontrarse, por ejemplo, en los trabajos de C. HORGUÉ BAENA *El deslinde de costas*, op. cit., págs. 327-365, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ *El deslinde de las costas*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 39 a 45, y J. GONZÁLEZ SALINAS, *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*, op. cit., págs. 533-591, en el caso del demanio costero; de O. HERRÁIZ SERRANO, *Régimen jurídico de las vías pecuarias*, Comares, Granada, 2000, págs. 458-539, J.F. ALENZA GARCÍA, *Vías pecuarias*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 405-435 y M.P. BENSUSAN MARTÍN, *Las vías pecuarias*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 171-186, en el caso de las vías pecuarias; de C. HORGUÉ BAENA, “Las potestades administrativas para la protección de los montes públicos”, op. cit., págs. 628-630, en el caso de los montes. Sobre el deslinde de los bienes del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, vid. mi trabajo “El patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón”, op. cit., págs. 1052 y 1053 y 1067. Sobre el deslinde de los bienes del demanio local, cfr. M.J. GALLARDO CASTILLO, *El dominio público local. Procedimientos administrativos constitutivos y de gestión*, Edersa, Madrid, 1995, págs. 102-172 y el trabajo de F. SAINZ MORENO, “Bienes de las entidades locales”, en la obra colectiva dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal*, Civitas, Madrid, 1988, volumen II, 1ª edición, págs. 1624-1628.

(31) Es el caso, por ejemplo, del artículo 21.2 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, conforme al cual “el deslinde podrá iniciarse bien a instancia de los particulares interesados, bien de oficio por las entidades titulares...”.

(32) Vid. J.A. CARRILLO DONAIRE, “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde”, op. cit., pág. 366, y la jurisprudencia que allí se cita.

trativo si es posible –en función del órgano que la dicte–, ya contencioso-administrativo, para enfrentar decisiones desestimatorias que se consideren infundadas.

En concreto, el acuerdo de incoación del procedimiento de deslinde corresponderá al Director General de Patrimonio del Estado en el caso de que vaya a realizarse sobre bienes patrimoniales de la Administración General del Estado, al titular del Departamento Ministerial que los tenga afectados o al que corresponda su gestión o administración si se trata de bienes demaniales de la misma Administración, y a los Presidentes o Directores de los organismos públicos adscritos a ella respecto de sus bienes propios de cualquier naturaleza (artículo 51 LPAP). Todos estos órganos deberán examinar, según determina el artículo 34 RPE, una memoria elaborada al efecto en la que se contenga la justificación del deslinde propuesto, la descripción de los inmuebles a deslindar –con expresión de sus linderos generales, de sus enclavados, colindancia, expresión perimetral y superficie–, el título de propiedad de los mismos y, en su caso, el certificado de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y la información sobre los incidentes habidos en relación con la titularidad del bien, su posesión y disfrute. Con base a lo allí dispuesto tomarán aquel acuerdo, que deberán comunicar al Registro de la Propiedad correspondiente a fin de que, por medio de nota al margen de la inscripción de dominio, quede constancia de tal incoación [artículo 52.b) de la misma norma]. También el mismo habrá de notificarse a cuantas personas se conozca ostenten derechos sobre las fincas colindantes que puedan verse afectadas por el deslinde (artículo 36 RPE), debiendo asimismo publicarse gratuitamente en el Boletín Oficial del Estado y en el tablón de edictos del Ayuntamiento en cuyo término radique el inmueble a deslindar, con una antelación de sesenta días a la fecha de comienzo efectivo de las operaciones (artículo 37), y sin perjuicio de la posibilidad de utilizar adicionalmente otros medios de difusión [apartado c) de aquel mismo artículo 52 LPAP]. Sin duda, el legislador sobre patrimonio se preocupa de que el procedimiento de deslinde tenga la publicidad debida, habida cuenta la trascendencia de sus efectos, como habrá ocasión de comprobar. Y, de hecho, será desde ese preciso momento en que se publique el acuerdo de su incoación, y hasta los veinte días anteriores al inicio de las operaciones técnicas, el plazo del que van a disponer los interesados para presentar cuantas pruebas y documentos estimen necesarios en defensa de sus intereses, debiendo la Administración resolver lo que proceda sobre ellos antes de aquel comienzo (artículos 38 a 40 RPE).

Como se adelantó páginas atrás, el acuerdo de iniciación tiene una evidente consecuencia jurídica, consistente en impedir la incoación de un proceso judicial con idénticas pretensiones delimitadoras (artículo 50.2 LPAP). Se trata, obviamente, de una garantía administrativa que intenta evitar una eventual concurrencia de procedimientos –administrativo y judicial– de deslinde; de un mecanismo de protección de la Administración en el ejercicio de sus potestades exorbitantes frente a eventuales injerencias del poder judicial, que demora hasta la finalización del procedimiento, mediante la resolución declarativa del deslinde, el conocimiento del asunto por los Tribunales de Justicia³³. A él hay que unir la prohibición, ahora general (artículo 101 de la Ley 30/1992), de ejercitar la acción interdictal frente a la actuación de la Administración en la materia. No quiere esto

(33) En este sentido, I. JIMÉNEZ PLAZA, “El deslinde administrativo”, *op. cit.*, pág. 651.

decir, por supuesto, que no quepa recurrir el acuerdo en cuanto tal, en la medida en que se trata de una resolución administrativa con efectos sobre los bienes afectados y no, como ha clarificado la jurisprudencia, de un mero acto de trámite inimpugnable (STS de 18 de noviembre de 2002, Ar. 10086).

B) La tramitación del procedimiento de deslinde

El artículo 51 LPAP no se muestra demasiado explícito acerca de los órganos de la Administración General del Estado a los que corresponde instruir el procedimiento de deslinde. En efecto, mientras su apartado 1 *in fine* identifica a los Delegados de Economía y Hacienda como los responsables de tal función cuando lo que se trate de deslindar sean bienes patrimoniales de aquella Administración, el apartado 2 nada dice al respecto cuando los bienes en cuestión se encuentren integrados en el dominio público, y el apartado 3, por su parte, al aludir al ejercicio de la “competencia” por los Presidentes o Directores de los organismos públicos, no deja claro si se trata de la mera incoación o, asimismo, de la tramitación del procedimiento. Queda en manos, pues, del Reglamento llamado a desarrollar la Ley la concreción de estos extremos en absoluto nimios³⁴.

De cualquier forma, la primera y más significativa actuación instructora a realizar será el apeo de los bienes, que consistirá, como antes se ha dicho, en el reconocimiento sobre el terreno, y en presencia de los colindantes afectados³⁵, del representante de la Administración y de un técnico, de la situación de los bienes, con el fin de proceder a la determinación de sus márgenes. De dicho apeo deberá levantarse la correspondiente acta, con el contenido fijado en el artículo 41 RPE (lugar y hora en que se inicia y acaba el deslinde, datos de los concurrentes, descripción del terreno deslindado, trabajos realizados sobre el mismo e instrumentos utilizados, dirección y longitud de las líneas perimetrales, situación, cabida aproximada de la finca y nombres especiales si los tuviera, manifestaciones u observaciones que se formulen) que, una vez firmada por todos los reunidos, se incorporará al expediente, junto a un plano a escala de la finca. Todo esto se trasladará al órgano competente para resolver a fin de que tome la decisión que estime oportuna, si bien previamente la Abogacía del Estado o el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado dictará, como impone el artículo 52.d) LPAP, un informe al respecto que, puesto que nada se dice expresamente, habrá que entender no vinculante por mor de lo dispuesto con carácter general por el artículo 83.1 de la Ley 30/1992.

Resulta evidente que, como antes se ha mencionado, todas las reglas procedimentales comunes establecidas por el Título VI de esta misma Ley 30/1992 resultan hoy de aplicación al procedimiento de deslinde de los bienes de la Administración. En todos sus extremos: principios de ordenación, realización de la prueba (SSTS de 2 de octubre, 23 y 31 de diciembre de 2003, Ar. 8136, 135 de 2004 y 220 de 2004, 9 y 10 de marzo de 2004, Ar. 2625 de

(34) En cualquier caso, con carácter general, la jurisprudencia ha interpretado que la tramitación del deslinde por órgano incompetente no determina la nulidad de todo el procedimiento, siempre que la aprobación definitiva sea realizada por el órgano competente (STS de 31 de diciembre de 2003, Ar. 220 de 2004).

(35) Cuya ausencia sólo determinará una irregularidad no invalidante si no causa indefensión, SSTS de 27 y 28 de octubre, Ar. 7849 y 7864, 5, 11, 20 y 24 de noviembre de 2003, Ar. 8028, 8894, 8186 y 8350, 31 de diciembre de 2003, Ar. 219 de 2004, 7 de junio de 2004, Ar. 3936, entre muchas otras.

2005 y 2475 de 2005), participación de los interesados (singularmente, en trámite de audiencia, SSTs de 27 de mayo de 1998, Ar. 4195, 7 de julio de 2003, Ar. 5920, 11, 12 y 19 de mayo de 2004, Ar. 5301, 5303 y 5304), etc.³⁶. Incluso, como muy bien ha destacado en la doctrina J.A. CARRILLO DONAIRE³⁷, y siempre que existan elementos de juicio suficientes para ello, en lo que se refiere a la imposición de medidas cautelares que aseguren la eficacia de la resolución que se dicte en su momento al respecto (artículo 72 de esta norma). Posibilidad esta que, a mayor abundamiento, reconoce expresamente el artículo 42 LPAP –básico– en relación con todas las potestades en defensa de los bienes públicos y también, por supuesto, con el deslinde, situándola una vez iniciado el procedimiento (apartado 1), salvo que se trate de supuestos en que exista peligro inminente de pérdida o deterioro del bien, en cuyo caso cabrá adoptarlas antes de dicha iniciación (apartado 2). Evidentemente, se trata este último caso del reconocimiento expreso de las medidas provisionalísimas reguladas en el apartado 2 de aquel artículo 72 antecitado, que tienen como fin la protección temporal de los intereses implicados y que deben ser obligatoriamente confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, a adoptar dentro de los quince días siguientes la fijación de aquéllas, so pena de quedar sin efecto. Va de suyo, por supuesto, que las medidas cautelares, ordinarias o provisionalísimas, no predeterminan de ninguna manera el sentido de la resolución final acerca del deslinde.

C) La finalización del procedimiento de deslinde

El procedimiento de deslinde de los bienes de la Administración General del Estado debe resolverse en un plazo máximo de dieciocho meses contados desde la fecha del acuerdo de iniciación, so pena de caducidad del procedimiento y archivo de las actuaciones [artículo 52.e) LPAP]. Resolverse, y también notificarse a los interesados, además de publicarse de la misma manera en que lo fue el acuerdo de su incoación: en el Boletín Oficial del Estado y en el tablón de edictos del Ayuntamiento en cuyo término radiquen los bienes [apartado d) del mismo precepto].

La resolución compete al Ministro de Hacienda en el caso del deslinde de bienes patrimoniales (artículo 51.1 LPAP) y, aunque nada se dice expresamente, parece que este rango orgánico es asimismo preciso en el caso de los bienes del dominio público de la Administración General del Estado, dado que si, como se vio, la incoación procedimental corresponde al Ministro titular del Departamento que los tiene afectados, los gestiona o los administra (apartado 2 del mismo precepto), no cabe por menos que entender que la resolución también debe situarse en ese nivel orgánico. Más oscura se plantea la cuestión cuando se refiere a sus organismos públicos, respecto de los cuales, como también se avanzó, la “competencia” reconocida a sus Presidentes y Directores no queda determinada en cuanto a su alcance –¿iniciación?, ¿tramitación?, ¿también resolución?–. Nuevamente, pues, resulta precisa en

(36) Resulta así curioso lo dispuesto por la STS de 4 de febrero de 2004, Ar. 637, conforme a la cual la tramitación del procedimiento de deslinde en el idioma inglés, entre otros defectos –la falta de numeración y firma en folios que integran el expediente, por ejemplo– sólo determinaría la nulidad del procedimiento si produjera indefensión a los interesados o impidiese al acto administrativo alcanzar su fin, considerándose en caso contrario como meras irregularidades no invalidantes.

(37) “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde”, *op. cit.*, págs. 348-350.

este punto una llamada a la determinación por parte del Reglamento que desarrolle, lo antes posible, la LPAP.

Lo que no suscita ninguna duda, por supuesto, es la posibilidad de recurrir esa resolución, que deberá estar suficientemente motivada [SSTS de 24 de diciembre de 2003, Ar. 141 de 2004, 19 de mayo, 2 de junio y 7 de julio de 2004, Ar. 5304, 5788 y 5275]³⁸, ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en los supuestos referidos, toda vez que los órganos citados –Ministros, máximos órganos de dirección de los organismos públicos en su caso– agotan la vía administrativa ex Disposición Adicional Decimoquinta de la LOFAGE. Recurrída la misma y resuelto el recurso así como eventuales reproches posteriores a esta nueva resolución, o transcurrido el plazo de dos meses fijado para recurrir por el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (LJCA) –siempre se tratará de un acto expreso, puesto que el silencio administrativo determina, como se ha visto, la caducidad del procedimiento–, esto es: una vez firme la resolución, procede, de ser preciso, el amojonamiento [artículo 52.d) LPAP], entendiendo por tal la operación ejecutiva de señalamiento físico sobre el terreno, a través de hitos o mojones, de los límites del inmueble declarados por el deslinde³⁹. En él, obviamente, y con el fin de evitar una posible indefensión (STS de 31 de diciembre de 2003, Ar. 135 de 2004), podrán estar de nuevo presentes todos los interesados que lo soliciten⁴⁰. El acuerdo resolutorio del deslinde se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente, con independencia de que la finca deslindada se hallare ya inscrita en el mismo (artículo 53.1), siendo en todo caso tal resolución título suficiente para que la Administración General del Estado proceda a la inmatriculación de los bienes, siempre

**EL DESLINDE ACLARA
EN EL PLANO FÍSICO
Y EN EL JURÍDICO LOS
CONFINES
DE UNOS BIENES QUE
ERAN YA PÚBLICOS
POR PERTENECER
AL PATRIMONIO
ADMINISTRATIVO**

(38) De acuerdo con lo dispuesto en las SSTS de 24 de noviembre y 31 de diciembre de 2003, Ar. 290 de 2004 y 221 de 2004, y 15 de enero y 19 y 20 de febrero de 2004, Ar. 474, 1107 y 1108 respectivamente, existirá motivación suficiente siempre que se desprenda de la documentación técnica obrante en el expediente administrativo la coincidencia entre el sentido del acto y la condición pública de los bienes, concretamente demanial en los casos a que dan respuesta estos pronunciamientos.

(39) La STS de 29 de octubre de 1998, Ar. 9567, define muy bien en qué consiste el amojonamiento: en la traslación al plano físico del resultado del deslinde, siempre con fidelidad a lo establecido en la resolución que pone fin al procedimiento, y resultando imposible alterar la situación de los mojones sin la realización de un nuevo procedimiento. En otras palabras: el amojonamiento es la mera ejecución material del deslinde; un acto de administración sin contenido decisorio propio salvo trasladar a la práctica las determinaciones contenidas en la resolución del procedimiento de deslinde.

El hecho de que haya que esperar a que la resolución del deslinde adquiera firmeza para poder proceder al amojonamiento lleva a situaciones tan sorprendentes como aquellas de las que se ha hecho eco en la doctrina J.V. GONZÁLEZ GARCÍA: sentencias muy recientes pronunciándose sobre el amojonamiento correspondiente a deslindes realizados más de un siglo atrás (SSTS de 16 de octubre de 2003 y 14 de abril de 2004, Ar. 7618 y 2625) y declarando, en buena lid, su improcedencia habida cuenta la ponderación de los intereses actualmente en presencia. Vid. “Notas sobre el régimen general del dominio público”, *op. cit.*, pág. 103, nota a pie de página número 41.

(40) Los que no lo soliciten se entiende que renuncian voluntariamente al ejercicio de su derecho, por lo que en ningún caso, como ha entendido la jurisprudencia, podrán alegar indefensión (SSTS de 16 de junio y 25 de julio de 2003, Ar. 5678 y 5986).

que éstos contengan los requisitos exigidos por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria: certificación administrativa justificativa del título y modo de adquisición de los bienes en caso de carecer del título escrito de dominio (apartado 2 del mismo precepto). Nótese cómo aquel precepto zanja sin paliativos la tradicional controversia existente en torno a la prohibición de acceso al Registro de los bienes demaniales, derivada de equívocas y restrictivas redacciones de la normativa hipotecaria. Más cuando también la actual redacción del artículo 5 del Reglamento Hipotecario (“los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial”) la había superado con evidencia, y cuando otros preceptos de la LPAP establecen singularmente la obligatoria inscripción registral de tales bienes y de sus actos de afectación (artículos 83.1 y 36.1), así como la promoción de la inscripción por parte de los propios Registradores de la Propiedad, quienes, conociendo la existencia de bienes o derechos públicos no inscritos, tienen el deber de comunicarlo a los órganos encargados de su administración para que insten lo que proceda (artículo 39). Por supuesto, y con generalidad, obvia decir que el carácter demanial de los bienes no se verá afectado por tal acceso, haciéndose constar expresamente el mismo en el asiento pertinente, así como, en su caso, el Organismo o servicio al que se hallaren adscritos⁴¹.

En cualquier caso, debe tenerse presente que la resolución del procedimiento de deslinde no implica como regla general, y con las matizaciones que se harán posteriormente en relación con los supuestos especiales referidos a señaladas dependencias demaniales, ninguna declaración innovativa o constitutiva de propiedad de la Administración sobre los bienes, sea cual sea su naturaleza pero, en especial, en los casos en que venga anudada a bienes de dominio público. Ni mucho menos. El deslinde —y ahí radica su alcance y, simultáneamente, su virtualidad, como se verá— se circunscribe a precisar los límites concretos, la extensión exacta que tienen los bienes inmuebles de las Administraciones, que ya eran bienes públicos porque estaban declarados como tales y que, concretamente en el caso de aquéllos, ya estaban destinados al uso o servicio público a través de su correspondiente acto —resolución administrativa o decisión *ex lege*— de afectación⁴². Dicho con otras palabras: el deslinde aclara en el plano físico y, simultáneamente, en el jurídico los confines de unos bienes que eran ya públicos por pertenecer al patrimonio administrativo, del que pasaron a formar parte a través de cualquiera de los modos que existen para su integración en él, en función de su naturaleza: afectación, cesión, adquisición onerosa, adquisición gratuita, expropiación forzosa, etc. Y sólo, y ni más ni menos que eso. Es importante tener bien claro este punto.

Antes de finalizar este apartado, deseo simplemente hacerme eco de una señalada posibilidad que reconoce la LPAP, y que ha sido objeto de consideración singular en la doctrina por J.A. CARRILLO DONAIRE⁴³. Me refiero a la facultad de que dispone la Administración para enajenar, entre otros, bienes de su propiedad que se encuentren en trámite de deslinde (artículo 136.2), sin otra condición que el conocimiento y la aceptación de esta

(41) En estos mismos términos, vid. mi trabajo “El patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón”, *op. cit.*, pág. 1051.

(42) Vid. en este sentido M. SÁNCHEZ MORÓN, *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, *op. cit.*, pág. 69.

(43) “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde”, *op. cit.*, págs. 368-369.

circunstancia por el adquirente. Queda, pues, a la decisión de este último la adquisición de unos bienes respecto de los cuales pende un procedimiento administrativo con el fin, ni más ni menos, que de determinar su extensión. Sobran, desde luego, consideraciones adicionales.

V. LOS EFECTOS DEL DESLINDE EN LA LPAP FRENTE A LOS SUPUESTOS ESPECIALES DE DESLINDES SECTORIALES. LOS TERRENOS SOBRAINTES

Paradójicamente, en la regulación del deslinde que contiene la LPAP no se establecen de manera expresa los efectos que se atribuyen al resultado del ejercicio de esta potestad. Y digo paradójicamente porque, conocida la finalidad con la que se actúa –precisar los límites de los inmuebles públicos respecto de las propiedades colindantes cuando estén confusos, determinando su extensión y, simultáneamente, diferenciándolos de aquéllas–, lo lógico sería conocer las consecuencias que, en relación con los mismos, lleva anudadas tal delimitación.

La única previsión que puede entenderse referida a este aspecto es la que refleja el artículo 53.2 de la norma, antecitado, en el que se establece textualmente que, en todo caso, “la resolución aprobatoria del deslinde será título suficiente para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes”, siempre que se acompañe de aquella certificación que justifique su título y modo de adquisición en caso de carecer del título escrito de dominio. Cabe interpretar, pues, que los límites que marque la resolución del deslinde serán objeto del oportuno asiento registral, quedando conformada la extensión de los bienes de esta manera y resultando inscrita en el Registro de la Propiedad en dichos términos, coincidan o no con los lindes que tenían preestablecidos en caso de que hubiesen sido ya objeto de inscripción previa. Es, desde luego, la lógica manifestación de la ejecutividad y de la ejecutoriedad que caracterizan a los actos administrativos en consideración a la presunción *iuris tantum* de su validez, y que permiten a la Administración desconocer y remover situaciones posesorias en contrario⁴⁴.

A) A diferencia de lo establecido sobre señalados bienes demaniales, la regulación del deslinde por la LPAP le reconoce el efecto de declarar su situación posesoria, nunca su titularidad dominical

Choca desde luego la parquedad que manifiesta la LPAP en un tema tan importante con la explicitud de que, sin embargo, hacen gala otras normas sectoriales al tratar la cuestión de los efectos del deslinde en relación con los bienes demaniales a los que se refieren. Así es. Como se avanzó páginas atrás, buena parte de los bienes de dominio público más significativos son objeto de tratamiento específico por normas singularizadas en las que se le reconoce un régimen jurídico propio que, también se ha dicho, prevalece sobre el general de la LPAP según reconoce su artículo 5.4⁴⁵. Pues bien: en lo que ahora interesa, debe destacarse el hecho de que muchos de estos regímenes otorgan un rotundo e importante

(44) Así lo destaca también C. HORGUÉ BAENA, *El deslinde de costas*, op. cit., pág. 149.

(45) En la doctrina, E. GARCÍA DE ENTERRÍA se muestra muy crítico con este hecho, entendiendo injustificado el mantenimiento de este casuismo, del que acusa dura y directamente a los Ministerios gestores de las distintas especies demaniales, más preocupados a su juicio por dotarse de técnicas factuales de defensa singularizada que aseguren la eficacia de su gestión que por el mantenimiento de la congruencia del sistema jurídico. Cfr. “Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración”, op. cit., págs. 143-144.

efecto al ejercicio de la potestad de deslinde sobre dichos bienes, cual es el de reconocer a su resolución aprobatoria la declaración no sólo de la situación posesoria a favor de la Administración sino también su titularidad dominical, imponiéndose frente a posibles situaciones registrales contradictorias en favor de terceros⁴⁶, a las que rectificaría incluso si derivasen de sentencias judiciales firmes con fuerza de cosa juzgada⁴⁷. Es el caso de los artículos 13.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas⁴⁸, 8.3 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias⁴⁹ o 95.2 y 3 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas⁵⁰, enervadores todos ellos de la presunción *iuris tantum* de validez de las inscripciones del Registro de la Propiedad que consagra el artículo 1 de la Ley Hipotecaria⁵¹, cuya condición de dogma inamovible queda, así, superada⁵². La consecuencia para los citados bienes resulta, desde luego, evidente: disfrutan de un plus de protección muy destacado, separándose de manera notoria del régimen propio del resto de bienes públicos, al poder la resolución finalizadora de su procedimiento de deslinde doblegar en primera instancia titularidades contrarias, al atribuir también a la Administración la posesión en su relación (el derecho a poseer), y al invertir la carga de la prueba de la propiedad, de tal manera que el hasta entonces titular registral de los bienes viene obligado a ejercer las acciones civiles pertinentes en defensa de su derecho⁵³.

Sin duda, los efectos “expansivos” descritos pueden explicarse en algunos casos –costas y aguas– en atención al tipo de bienes a cuyos deslindes se les reconocen: son ambas

(46) Que ven así su situación muy agravada, sirviéndoles de poco disponer de una inscripción a su favor que no prueba per se su dominio, y que puede ser neutralizada a consecuencia del ejercicio de la potestad de deslinde. En estos términos, vid. M.P. RODRIGUEZ GONZÁLEZ, *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 313.

(47) Pueden obtenerse excelentes comentarios sobre este efecto en dichos deslindes concretos en los trabajos antecitados en la nota a pie de página número 30.

(48) Conforme al cual “el deslinde aprobado (...) declara la posesión y la titularidad demanial a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados”. En aplicación del mismo, insisten en estos efectos, entre muchas otras, las SSTs de 13 de febrero de 2001, Ar. 1742, 24 y 26 de septiembre de 2001, Ar. 7665 y 7669, 22 de octubre de 2001, Ar. 5616 de 2002, 17 de marzo de 2003, Ar. 2850, 5 y 11 de mayo de 2004, Ar. 5300 y 3302, 2 y 7 de junio de 2004, Ar. 5788 y 5308, o 19 de octubre de 2004, Ar. 6841.

(49) “El deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad demanial a favor de la Comunidad Autónoma dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial.” Vid. también STS de 27 de mayo de 2003, Ar. 4104.

(50) “El deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento”. “La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con el mismo...”.

(51) Conforme al cual “los asientos del Registro (...) están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley”, esto es, mediante rectificación determinada por sentencia de los Tribunales civiles.

(52) En la doctrina, tempranamente ya había mantenido esta tesis del deslinde como acto declarativo de la titularidad dominical de la Administración sobre los bienes deslindados V. MENDOZA OLIVÁN, incluso cuando el tenor literal de la LPE y del RPE se referían en exclusiva al efecto de índole posesoria. Vid. sus argumentos en *El deslinde de los bienes de la Administración*, op. cit., págs. 144 y ss. Igualmente A. GUAITA MARTORELL en el prólogo a esta misma obra, en el que afirma expresamente el error de la consideración del deslinde como simple acto declarativo de estados posesorios, al considerar que “la Administración puede deslindar sus bienes y los de los colindantes *proprio imperio* y *iure publico* nada más que por eso: porque son suyos y todo acto aprobatorio de un deslinde es esencialmente un acto dominical, porque afirma hasta dónde llega o se extiende la propiedad; deslindar es definir, y cuando la Administración deslinda una cosa define su propiedad”. *Ibidem*, pág. 19. Análogamente se manifiesta en relación con el deslinde de los montes públicos en la anterior legislación en su obra *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, Civitas, Madrid, 1986, 2ª edición, págs. 242-244.

(53) Así, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El deslinde de las costas*, op. cit., pág. 19. También O. HERRÁIZ SERRANO, op. cit., págs. 526-527.

dependencias de dominio público integrantes del llamado demanio natural, que presentan, sobre todo las primeras, una larga tradición de usurpaciones que el legislador sectorial ha creído oportuno atajar; usurpaciones que además, en muchos casos, han obtenido increíblemente “carta de legitimidad” mediante su acceso al Registro de la Propiedad⁵⁴. A mayor abundamiento, y como recientemente ha destacado en la doctrina E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en el supuesto de las costas es la propia Constitución la que fundamenta —en realidad, impele a ella— semejante determinación, al proclamar inequívocamente su demanialidad (artículo 132.2) y excluir, en consecuencia, la existencia de titularidades privadas dentro de su perímetro natural, aunque las mismas se encuentren amparadas por las oportunas inscripciones registrales⁵⁵. Como es bien sabido, la transmutación de los títulos de propiedad en las concesiones especiales a las que se refiere la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas —cuya constitucionalidad fue ratificada por la importantísima Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio— opera a modo de justiprecio por la expropiación que determina la propia Norma Suprema que, al poner fin a las situaciones jurídico-privadas opuestas a la taxativa configuración constitucional de los bienes, explica con evidencia la intensidad de los efectos del nuevo deslinde de costas. Parafraseando al ilustre Profesor, considerar que “desde el momento mismo de la promulgación del texto constitucional todos los espacios enumerados en el artículo 132.2 se integran en el dominio público es suficiente para que (...) no haya que explicar la capacidad innovativa de los actos de deslinde como actos administrativos capaces de rectificar por sí solos los asientos registrales, esto es, como una excepción a la regla común de la inmunidad de éstos a las decisiones de la Administración. Son actos administrativos que operan como simple ejecución de una expropiación forzosa que les ha precedido (...) y que opera por sí misma, como es propio en toda expropiación, sus efectos sobre la titularidad registral (...) En sentido técnico, se trata de un caso singular en que el reflejo registral no es más que la consecuencia de una adquisición previa de la propiedad por vía de una expropiación consumada por la propia Ley de Costas”⁵⁶.

**LA RESOLUCIÓN
APROBATORIA DEL
DESLINDE SERÁ TÍTULO
SUFICIENTE PARA QUE
LA ADMINISTRACIÓN
PROCEDA A
LA INMATRICULACIÓN
DE LOS BIENES**

(54) Así lo ha denunciado, entre muchos otros, J.I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, llegando a afirmar que, por esta precisa realidad, el Registro de la Propiedad se ha constituido en el peor enemigo del demanio de nuestro país. *Vid. Dominio público*, op. cit., pág. 151.

(55) “Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración”, op. cit., págs. 127 y ss.

(56) *Ibidem*, pág. 131. No opina así, sin embargo, R. PARADA VÁZQUEZ quien, en palabras mucho más expeditivas y razonando en términos absolutos, considera que los meritados efectos suponen una derogación de las reglas civiles de defensa de la propiedad y, en cierto modo, del principio de garantía judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución, al considerar que se otorga a un acto administrativo el mismo valor que una sentencia civil declarativa de la propiedad. *Vid. Derecho Administrativo III (Bienes públicos. Derecho Urbanístico)*, op. cit., pág. 157. Igualmente en el “Prólogo”

Como señala este mismo autor, con quien convengo, este argumento, no en los mismos términos, pero con igual fundamento básico, es también aplicable al caso del deslinde de las aguas continentales. En efecto. Si bien estos bienes no han sido objeto de una expropiación constitucional como la descrita, presentan al igual que las costas las condiciones propias del demanio natural, de las que resulta buena muestra su delimitación, formulada en atención a criterios naturales por la Ley de Aguas. Esto no puede sino significar, en buena lid, la misma realidad ya vista: que el demanio hídrico es insusceptible de apropiación privada y que el deslinde sobre él realizado no puede poner en cuestión una posible propiedad particular, imposible en esencia. Como aquél, “una inscripción que pudiese decir lo contrario sería contraria a la Ley (...). La rectificación de un asiento registral que dijese lo contrario, por tanto, no es más que un acomodo del mismo a los límites generales de la propiedad privada como institución sobre tales objetos, reservados en exclusiva al demanio”⁵⁷.

Más difícil, sin embargo, resulta justificar la extensión de estos efectos al deslinde de las vías pecuarias. Porque, a diferencia de los anteriores, no son éstas bienes insusceptibles de apropiación privada, en la medida en que no se integran en el demanio natural sino en el artificial. Dicho de otro modo: el trazado de las mismas obedece siempre a una decisión de la Administración que en ningún caso viene predeterminada por condiciones “naturales”, siendo la exclusiva voluntad pública la que establece la diferente condición jurídica de esos bienes en relación con otros análogos de los que nada les distingue físicamente. En estos casos, es nuevamente E. GARCÍA DE ENTERRÍA el que ofrece el argumento lógico a atender: enfrentada la titularidad dominical de los caminos pecuarios que su deslinde proclama con previas inscripciones registrales de titularidades privadas que pudieran existir, nada hay que permita considerar a éstas como anomalías nacidas del desconocimiento del límite legal oponible y, por ende, como ilegalidades que justifican la devolución del terreno a la Administración, debiendo concluirse en la carencia de vigor de tal deslinde para corregir dichas inscripciones, y viniendo obligada la Administración a impugnarlas ante los Tribunales civiles, como cualquier sujeto de derecho⁵⁸. Éste es, sin ir más lejos, el alcance limitado que la vigente Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de

a la obra de S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El deslinde de las costas*, en el que afirma, al referirse obviamente a éste, que “se está confundiendo una legitimación administrativa para repeler sobre la marcha, incluso a la fuerza, las agresiones o usurpaciones evidentes y groseras al dominio público (...) con lo que es un conflicto jurídico, una cuestión posesoria y, más gravemente aún, una cuestión de propiedad. En la demarcación de los bienes del demanio natural, la Administración no puede llegar a resolver ejecutoriamente los estados posesorios, menos aún las cuestiones de propiedad marginando definitivamente al juez civil por medio de este nuevo juicio declarativo-administrativo sumario en el que aquí hemos convertido el deslinde administrativo”. Cfr. págs. 10-11.

(57) *Ibidem*, pág. 134. Con la misma idea, M. SÁNCHEZ MORÓN, cuando afirma que, en estos casos, el deslinde en realidad en nada innova la situación dominical de unos bienes que queda ya determinada por la declaración legal de su demanialidad. *Vid. Los bienes públicos (régimen jurídico)*, op. cit., pág. 69.

(58) *Ibidem*, págs. 136 y 141. No es de este parecer, sin embargo, O. HERRÁIZ SERRANO, para quien el hecho de que las vías pecuarias se integren en el llamado demanio artificial y no en el natural no implica oponer obstáculos a la extensión a su deslinde de los efectos propios del de costas y aguas. Para esta autora, que por supuesto admite la inaplicación al deslinde de vías pecuarias del razonamiento que justifica el reconocimiento de aquéllos a los anteriores –la materialización del mandato constitucional y/o legal de demanialidad de los bienes que integran la zona marítimo-terrestre y el dominio público hidráulico–, resulta no obstante plausible predicarlos también de este concreto, considerando como considera que las cautelas con que históricamente se concibió la potestad de deslinde –reservadoras al orden jurisdiccional civil de las cuestiones relativas al derecho de propiedad, y limitativas de sus efectos a los aspectos posesorios– han dejado de tener sentido en el estadio actual de las relaciones entre Administración y Tribunales, de manera que, de la misma forma que se permite a la primera pronunciarse sobre la legalidad de la transferencia de la propiedad que comporta toda operación expropiatoria, debe permitírsele asimismo que se declare titular de los bienes que deslinda. *Vid. en estos términos su trabajo Régimen jurídico de las vías pecuarias*, op. cit., págs. 521-525.

Montes otorga a los efectos del deslinde de los montes catalogados, declarados demaniales por la misma y que, por tener dicha condición por decisión pública y no por naturaleza, no se benefician expeditivamente de la condición de inalienabilidad que caracteriza a tal tipología de bienes. En efecto, el artículo 21.6 de la citada Ley declara expresamente que “el deslinde aprobado y firme supone la delimitación del monte y declara con carácter definitivo su estado posesorio, a reserva de lo que pudiera resultar en un juicio declarativo de propiedad”, añadiendo el apartado 8 del mismo precepto que “la resolución definitiva del expediente de deslinde es título suficiente, según el caso, para la inmatriculación del monte, para la inscripción de rectificación de la descripción de las fincas afectadas y para la cancelación de las anotaciones practicadas con motivo del deslinde de fincas excluidas del monte deslindado. Esta resolución no será título suficiente para rectificar los derechos anteriormente inscritos a favor de los terceros a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria”. La resolución del deslinde de los montes de titularidad pública, pues, y como debiera corresponder a los bienes de dominio público artificial, no se impone automáticamente a las previas situaciones jurídico-privadas, respetando *ab initio* la prevalencia de sus inscripciones registrales, que podrá intentar desmontarse, de desearlo la Administración, a través del pertinente proceso judicial civil⁵⁹.

En cualquier caso, justificada o injustificadamente, lo que resulta obvio es que en relación con importantes bienes demaniales singulares se ha obrado un importante giro en una cuestión que tradicionalmente venía planteada con un alcance mucho menor, habida cuenta la consideración, como efecto exclusivo propio del deslinde, de la constatación posesoria. Consideración que, desde luego, aún persiste en relación con los bienes públicos no incluidos en aquellas leyes sectoriales, al punto que la LPAP, como podrá observarse a continuación, sigue refiriendo la extensión de los efectos del deslinde al límite infranqueable de aquella realidad, limitándose su resolución a determinar la posesión administrativa de los bienes y, a su consecuencia, a inscribir en el Registro el alcance exacto de los bienes deslindados.

Así es. Páginas atrás se aludió al hecho de que la resolución del procedimiento de deslinde no implica como regla general ninguna declaración de propiedad administrativa sobre los bienes objeto del mismo, viniendo como viene circunscrito a la determinación de sus límites cuando están dudosos, y estando ya como estaban éstos integrados en el patrimonio de la Administración. Pues bien. En esta afirmación hay que insistir de nuevo, dado que explica perfectamente el ámbito de influencia del deslinde: su eficacia se identifica en esa tarea delimitadora que, consecuentemente, se anuda a una presunción posesoria a favor de la Administración, so pena de dejar la potestad vacía de contenido. Cosa distinta es que pueda imponerse, como ocurre en aquellos supuestos de deslindes especiales, a las inscripciones registrales amparadas por la presunción de legalidad que les reconoce la normativa hipotecaria, y que reclama su desvirtuamiento por los Tribunales de Justicia, obviamente del orden jurisdiccional civil al tratarse de cuestiones de propiedad. Situando muy bien la cuestión en su contexto, C. HORGUÉ BAENA⁶⁰ ha recordado cómo el deslinde es, en realidad, uno de los medios de la Administración para preservar la integridad de sus bienes mediante el establecimiento unilateral de sus límites pero, como la manifestación de la potestad de autotutela en que se constituye, sólo alcanza a declarar sin auxilio

(59) Así lo reconoce C. HORGUÉ BAENA en su trabajo “Las potestades administrativas para la protección de los montes públicos”, *op. cit.*, pág. 623.

(60) *El deslinde de costas*, *op. cit.*, pág. 143.

judicial la posesión. Y aun esto con límites, viniendo referido al *ius possessionis* y no como declaración del *ius possidendi*⁶¹. Consecuentemente, cuando delimita los inmuebles públicos sanciona un estado posesorio preexistente, si bien debe respetar aquellas situaciones jurídicas que se manifiesten insalvables a sus poderes para remover una posesión contraria: las cuestiones de propiedad, que constituyen su límite. De hecho, y a mayor abundamiento, una correcta interpretación del antes transcrito artículo 53.2 LPAP evidencia cómo la inmatriculación de los bienes deslindados en el Registro deriva realmente de aquella certificación acreditativa del dominio que exige a los efectos el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, y no de la resolución aprobatoria del deslinde que, sin la compañía de aquella, carecería por completo de tal virtualidad (SSTS de 29 de abril, 4, 27 y 28 de mayo y 19 de junio de 1998, Ar. 4406, 5097, 4195, 4200, 5675).

Obviamente, los límites de los bienes públicos establecidos a consecuencia del deslinde pueden no coincidir con los reflejados en los correspondientes asientos registrales en aquellos casos en que los bienes se encuentren ya inscritos. Ante esta eventualidad, y conectando con lo que se acaba de manifestar en el párrafo anterior, debe afirmarse la inexistencia de obstáculos a la oportuna rectificación en su atención, sin más consecuencias, y sin que esto signifique, por supuesto, innovación de la propiedad a favor de la Administración. Así lo ha recordado en la doctrina J.A. CARRILLO DONAIRE al aludir a las precisiones hechas por la jurisprudencia sobre el alcance de las presunciones de titularidad y posesión derivadas de la normativa hipotecaria, que se extiende a los datos estrictamente jurídicos y no a las circunstancias de mero hecho, entre las que se encuentran la extensión y los linderos de las fincas⁶². Esto significa, en el sentido en que se viene reflexionando, que en la medida en que los datos inscritos en el Registro pueden no ser exactos en estos puntos se corregirán en los términos expresados por el deslinde, sin que este hecho suponga predeterminaciones sobre la propiedad, vedadas a tal resolución administrativa.

Por lo demás, resulta evidente recordar que el deslinde es sensible a las posibles variaciones que puedan acontecer sobre los bienes públicos que constituyen su objeto, de tal manera que lo en él dispuesto puede requerir modificaciones al hilo de aquéllas. No es, pues, un acto de contenido inmutable (14 y 22 de julio de 2003, Ar. 6261 y 6169) sino que, al venir anudado a la situación de los inmuebles en el momento en que se realizó, se limita a reflejar el estado y alcance de los mismos en esa precisa circunstancia temporal (STS de 16 y 28 de diciembre de 1999, Ar. 8998 y 8793). Cualquier alteración en ellos imputable a circunstancias naturales o jurídicas determina, por tanto, la necesidad de realizar un nuevo ejercicio de aquella potestad, a fin de reflejar su situación real (SSTS de 11, 17 y 18 de febrero de 2004, Ar. 1126, 1134 y 1098, 5, 9 y 23 de marzo de 2005, Ar. 2620, 2625 y 3377)⁶³. Sin que por supuesto, y tal y como se ha encargado de aclarar la

(61) Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Dictamen sobre deslinde y expropiación de aguas nacidas de montes de propios e incluidas en una concesión hidroeléctrica de interés público", *Revista de Administración Pública*, núm. 54, 1967, pág. 493.

(62) "Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde", *op. cit.*, pág. 364 y la jurisprudencia que allí cita.

(63) También la detección de inexactitudes en la realización de deslindes previos impele al acometimiento de otros posteriores que las subsanen (STS de 14 de julio de 2003, Ar. 6261). Inexactitudes que, sin embargo, no determinan la nulidad de los procedimientos que las contengan, llegando a considerarse incluso que la demostración de la existencia de

jurisprudencia, un deslinde posterior implique en ningún caso la revisión de oficio o la necesidad de declaración de lesividad de los precedentes (SSTS de 14, 22 y 29 de julio, 24 de noviembre y 3 de diciembre de 2003, Ar. 6261, 6169, 7115, 8772 y 8900, 11, 19 y 20 de febrero de 2004, Ar. 1126, 1107 y 1108 respectivamente), ni signifique vulneración de la prohibición de ir contra los propios actos que rige la actuación administrativa (STS de 10 de marzo de 2004, Ar. 2477 de 2005).

B) Los terrenos sobrantes como consecuencia del deslinde de bienes de dominio público resultarán desafectados, pasando a tener consideración patrimonial

El artículo 54 LPAP se refiere a aquellos supuestos concretos en que, a resultas del ejercicio de la potestad de deslinde en relación con bienes demaniales, puedan resultar terrenos sobrantes, en cuyo caso, y por mor de lo dispuesto en el apartado 1 del precepto, podrá procederse a su desafectación “en la forma prevista en el capítulo I del Título III de esta Ley”⁶⁴.

Debe notarse, como cuestión previa a cualquier otra, el hecho de que la previsión contenida en este artículo viene referida en exclusiva a la posibilidad de excesos de terrenos en el deslinde de *bienes del dominio público*. Lo que no carece de sentido, si se atiende a los efectos atribuidos a esta eventualidad: la desafectación de los mismos y, en consecuencia, su mantenimiento en el patrimonio público con carácter de bienes patrimoniales. Ciertamente. Aunque la potestad de deslinde también se ejerce, como se ha afirmado en los primeros estadios de este trabajo, en relación con los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas, la existencia de hipotéticos bienes sobrantes de tal naturaleza no resulta en absoluto ajustada a la realidad de las cosas. Por una pura cuestión etimológica y, a su derivación, también jurídica. En efecto. Por definición, unos bienes son sobrantes cuando rebasan; cuando no se alinean por exceso con

bienes contiguos con las mismas características que otros incluidos en el deslinde por su carácter demanial no determina ni la exclusión de los correctamente incluidos ni la existencia de un presunto trato de favor, siendo lo verdaderamente relevante que los terrenos contenidos debían realmente estarlo (SSTS de 10 de febrero, 5 de mayo, 2 y 7 de junio de 2004, Ar. 1084, 5300, 5788 y 3936).

Las inexactitudes, como ha detectado la jurisprudencia, también pueden acontecer en procedimientos de deslinde posteriores que alteran parcial y erróneamente los límites fijados en otros anteriores. En estos casos, los bienes afectados por el error no pierden su carácter público, y menos si tienen naturaleza demanial, demandante de un acto de desafectación expresa a estos efectos (STS de 9 de octubre de 2002, Ar. 8737).

(64) En concreto, en los artículos 69 y, sobre todo, 70 de la norma. Va de suyo, por supuesto, que se seguirá el procedimiento allí establecido en los casos en que se trate de bienes de la Administración del Estado, puesto que estos preceptos son de aplicación exclusiva a los mismos. En el caso de los bienes de las Comunidades Autónomas deberá estarse a lo que establezcan las normas autonómicas sobre patrimonio, y en el de los bienes de las Entidades locales, a lo que establece el RBEL.

**SI EL DESLINDE
MANIFIESTA SU
REMANENCIA RESPECTO
DEL DEMANIO, NO CABE
SINO CONSIDERAR QUE EL
SEÑALAMIENTO PÚBLICO
QUE SE LES ENTENDÍA
PROPIO HA DESAPARECIDO**

la categoría en la que se les supone incluidos. Lo que trasladado a los bienes patrimoniales equivaldría a decir que, dado que “sobran” como tales, o se trata realmente de bienes demaniales o, si tampoco, no resultan en realidad bienes públicos. Siguiendo esta doble alternativa, si se tratase de bienes de dominio público, con tal cariz tendrían que haber quedado reflejados en la resolución del procedimiento de deslinde, amén de deber existir en su relación alguna declaración expresa, legal o administrativa, de afectación al uso y servicio público. Ello impediría, en cualquier caso, hablar de “sobrantes patrimoniales”. Y si tampoco tuviesen aquel carácter, resultaría evidente que no se está en presencia de bienes públicos —que deben alinearse necesariamente con uno u otro tipo—, implicando que ningún negocio o declaración jurídica adquisitivo se ha celebrado sobre ellos y situándolos, por ende, al margen de la esfera pública; cuestión que, por cierto, también debería desprenderse inmediatamente de la resolución del deslinde. En este último caso, los bienes habrán de ser repuestos al inmediato disfrute de su legítimo propietario, so pena de usurpación administrativa ilegítima atacable por los afectados ante la jurisdicción del orden civil. En definitiva, se trate de la situación de que se trate, la conclusión a la que hay que llegar es la que ha sido expresada *supra*, y la que se desprende del tenor de la LPAP: cabe hablar de sobrantes sólo en relación con excesos sobre bienes demaniales, evidenciados como tales a resultas del procedimiento de deslinde⁶⁵.

En buena lógica, el exceso acontece porque los bienes han dejado de ser necesarios para el uso y servicio público. Efectivamente, si el deslinde manifiesta su remanencia respecto del demanio, no cabe sino considerar que el señalamiento público que se les entendía propio ha desaparecido, bien por una alteración en sus condiciones físicas que los hace inadecuados para aquellos fines, bien por una decisión administrativa acerca de su innecesariedad en orden a los citados uso y servicio. Es coherente entonces que la Administración que detenta la titularidad dominical de los bienes decida proceder a su desafectación, liberándolos de aquel destino público e integrándolos en la categoría que les corresponde, que no es otra que la de los bienes patrimoniales⁶⁶. Por esta razón, no estoy de acuerdo con I. JIMÉNEZ PLAZA cuando, al interrogarse por el título bajo el que actúa la Administración sobre estos terrenos sobrantes, plantea la posibilidad —entre otras, es cierto— de que se esté atribuyendo bienes que no le pertenezcan mediante su “conversión” en patrimoniales⁶⁷. A mi juicio, el precepto sobre el que se reflexiona debe siempre interpretarse en el contexto irrefragable de la titularidad de las Administraciones públicas sobre sus bienes. Dicho de otra manera: los terrenos que a consecuencia del

(65) Procedimiento al que, precisamente por su trascendencia y por este posible resultado, acudirá si se trata de bienes del Estado un representante del Ministerio de Hacienda, en el caso de que la competencia para efectuarlo no corresponde a este Departamento. Para ello, deberá ser convocado por el órgano competente para el deslinde, mediante citación a la Delegación de Economía y Hacienda en cuya demarcación radiquen los bienes de que se trate (apartado 2 del mismo artículo 54 LPAP). Además, el Director General de Patrimonio del Estado podrá instar a los Departamentos Ministeriales y organismos públicos competentes la realización del deslinde de sus bienes demaniales, a efectos de determinar con precisión la extensión de éstos y, en lo que aquí interesa, comprobar la eventual existencia de terrenos sobrantes (apartado 3).

(66) Porque, efectivamente, y como recuerdan entre muchas otras las SSTs de 4, 5, 11 y 19 de mayo y 2 de junio de 2004, Ar. 5186, 5300, 5302, 5304 y 5788, sólo la desafectación elimina la condición demanial de los bienes y les atribuye carácter patrimonial, resultando indiferentes a estos efectos cualesquiera otras alteraciones puntuales que pudieran sufrir los mismos como consecuencia, por ejemplo, de procesos urbanizadores. Únicamente aquella es mecanismo válido para determinar la pérdida de la demanialidad.

(67) Vid. “El deslinde administrativo”, *op. cit.*, págs. 645-646.

deslinde resultan sobrantes son, en todo caso, bienes públicos, ya fueran adquiridos como patrimoniales y posteriormente afectados al uso y servicio público, ya ingresaran en el patrimonio directamente afectados a éstos, *ex lege* o mediante acto administrativo. En ningún caso, desde luego, cabría hablar de bienes sobrantes cuando los terrenos así calificados no se hayan situado nunca en la órbita dominical de la Administración pública. Se trataría entonces de una confiscación en toda regla que no podría tener carta de naturaleza en una norma del ordenamiento jurídico.

Con lo que sí convengo con aquella autora, sin embargo, es con el carácter obligatorio de la actuación prevista en el artículo 54.1 LPAP, a la que no obstan los términos facultativos en que se manifiesta su tenor literal –“los terrenos sobrantes de los deslindes de inmuebles demaniales podrán desafectarse...”–. Está claro que los terrenos que un procedimiento de deslinde de los bienes demaniales evidencia como sobrantes no pueden seguir manteniendo la afectación propia de los mismos porque el cometido público que la justifica ha desaparecido. Por esta razón, no queda otra posibilidad que proceder a su desafectación e incorporarlos a la categoría de bienes patrimoniales, con independencia de que, una vez allí, se disponga su destino concreto en el sentido que se estime más oportuno, enajenación incluida.

VI. EL ORDEN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN EJERCICIO DE LA POTESTAD DE DESLINDE: LA DUALIDAD JURISDICCIONAL CIVIL/CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Considerando el punto de este trabajo en el que nos encontramos, han sido ya varias las menciones hechas a las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa en cuanto que órdenes intervinientes en el análisis judicial de las cuestiones que derivan del deslinde de inmuebles públicos. Así, la primera de ellas ha sido aludida cuando se ha referido la posibilidad de desacuerdos con el contenido de la resolución que pone fin a aquel procedimiento delimitador, por entender los afectados que los límites allí fijados exceden los correspondientes a los bienes de la Administración, invadiendo sus heredades. En estos casos, se dijo, y por tratarse de cuestiones en torno a la propiedad de los bienes, son los Tribunales civiles los que vienen llamados a intervenir. La jurisdicción contencioso-administrativa, por su parte, fue identificada como el orden competente para pronunciarse sobre cualquier aspecto litigioso en relación con el desarrollo material del deslinde, en la medida en que éste viene constituido por un conjunto de actuaciones públicas llevadas a cabo en ejercicio de una potestad administrativa legalmente atribuida, y de acuerdo con un procedimiento normativamente establecido.

Puede hablarse, por tanto, como tantas veces en la doctrina, de la existencia de una dualidad jurisdiccional para el conocimiento judicial de las controversias suscitadas por el ejercicio administrativo de la potestad de deslinde. Dualidad jurisdiccional que, además, es manifiestamente recogida en la LPAP, cuyo artículo 41.2 determina expresamente la competencia de los órganos del orden civil para el conocimiento de las cuestiones de tal naturaleza planteadas a dichas resultas, permitiendo diferenciar, ya de principio, la vertiente “administrativa” de tal ejercicio –su desarrollo procedimental y los aspectos referidos a la competencia de los distintos órganos administrativos– y el sesgo civil, en el que se

incluyen las cuestiones referidas al derecho de propiedad u otros derechos también de tal naturaleza. En ella insiste también el artículo 43 de la misma norma, de aplicación general, que dispone textualmente en su apartado 2 que “los actos administrativos dictados en los procedimientos que se sigan para el ejercicio de estas facultades y potestades (*las del artículo 41 LPAP, entre ellas la de deslinde*) que afecten a titularidades y derechos de carácter civil sólo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa”, para añadir a renglón seguido, que “quienes se consideren perjudicados en cuanto a su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil por dichos actos podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil”, previa interposición de la reclamación previa regulada en los artículos 122 a 124 de la Ley 30/1992. Se trata, puede verse claramente, y tal como ha destacado J.A. CARRILLO DONAIRE⁶⁸, de una especie de reedición de la doctrina de los actos separables, en la medida en que se sienta aquí la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de los vicios de los actos y de las actuaciones materiales realizadas en desarrollo de las prerrogativas de protección y defensa patrimonial, así como para controlar los motivos del ejercicio de dichas prerrogativas en orden a verificar los hechos determinantes de la decisión administrativa.

La jurisprudencia ha ratificado en multitud de ocasiones esta dualidad indicada, no siendo en absoluto inhabituales los pronunciamientos judiciales que, sobre todo al hilo de deslindes de bienes de dominio público que particulares han entendido lesivos a sus derechos, diferencian las cuestiones a dilucidar para declarar en su función la competencia de uno u otro orden jurisdiccional. Así, entre muchas otras, pueden destacarse las SSTS de 5 de julio, 24 y 26 de septiembre de 2001, Ar. 5022, 7665 y 7669, 3 de enero de 2002, Ar. 2318 de 2003, 17 de abril de 2002, Ar. 3702, que señalan la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las acciones ejercitadas por los colindantes afectados por el deslinde en cuestiones referidas a su propiedad, y la consecuente incompetencia a los efectos de los Tribunales contencioso-administrativos (STS de 20 de julio de 2000, Ar. 6167). A contrario sensu, las SSTS de 6 de mayo de 2002, Ar. 9063, 15 y 17 de marzo, 16 de abril, 9, 10 y 30 de junio, 8, 14 y 21 de julio, 24 de septiembre, 4 de noviembre y 22 de diciembre de 2003, Ar. 2591, 80 de 2004, 4188, 5550, 5869, 5887, 5936, 6030, 5968, 6439, 8421, 128 de 2004, 5 y 11 de mayo de 2004, Ar. 5300 y 5302, además de muchas otras, reivindican el papel de estos últimos en la revisión de las actuaciones de las Administraciones públicas a lo largo del procedimiento de deslinde, si bien con aquel límite irrebasable que suponen las cuestiones de propiedad (SSTS de 21 de julio, 4 de noviembre, 22 y 31 de diciembre de 2003, Ar. 6934, 8421, 128 de 2004 y 221 de 2004, 19 de febrero y 5 de marzo de 2004, Ar. 1107 y 2620 de 2005, y 23 de febrero de 2005, Ar. 3782).

Pese a la evidente indiscusión de esta doble realidad jurisdiccional, no han faltado voces que han criticado, con severidad en ocasiones, su propia existencia, basándose en la descompensación existente entre la complejidad que demanda un doble proceso y los efectos que se consiguen con el ejercicio de las acciones procesales, muchas veces obligado en

(68) Cfr. “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde”, *op. cit.*, pág. 350.

sus dos vertientes si se desea una decisión realmente efectiva⁶⁹. Particularmente lúcidas han sido las reflexiones de A. NIETO, muy reconocidas también por la doctrina, quien, trascendiendo la mera crítica y la exposición de los motivos que a su juicio la fundan, aporta una interpretación a mi entender muy defendible, que permitiría soslayar cuando menos las situaciones de indefinición —esto es: las desestimaciones de las pretensiones por los Tribunales de uno y otro orden, singularmente del contencioso-administrativo, basándose en el límite irrebable que suponen las cuestiones de propiedad— que tanta inseguridad jurídica generan en los recurrentes. Para este autor, las cuestiones de propiedad también pueden —es más: deben— ser objeto de enjuiciamiento contencioso-administrativo siempre, eso sí, que no constituyan en exclusiva el contenido único de la pretensión. Y ello en base a que la resolución del procedimiento de deslinde, recurrible ante tal orden por tratarse de un acto administrativo, en la medida en que se pronuncia sobre un estado posesorio resulta de muy difícil valoración al margen del Derecho civil, con el que se encuentra íntimamente conectada. Dicho con sus propias palabras: si el Derecho civil es la *causa petendi* de la pretensión y no el *petitum*, el Tribunal contencioso-administrativo debe entrar a conocer el fondo de asunto, pudiendo la sentencia argumentar derechos civiles como *ratio decidendi* pero no como contenido de la decisión, consistente en una simple definición de situaciones posesorias⁷⁰. Sin embargo, pese a razonamientos como el expuesto, lo cierto es que la realidad de la doble jurisdicción en materia de deslinde parece gozar de más vigor que nunca, al reproducirse continuamente en la jurisprudencia y al haberse atendido textualmente, como ha habido ocasión de comprobar, en la última normativa sobre patrimonio, reflejándose asimismo en la vigente LJCA —que atribuye a los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo “el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones

**EXISTE UNA DUALIDAD
JURISDICCIONAL PARA EL
CONOCIMIENTO JUDICIAL
DE LAS CONTROVERSIAS
SUSCITADAS POR
EL EJERCICIO
ADMINISTRATIVO DE
LA POTESTAD
DE DESLINDE**

(69) Es el caso de A. GUAITA MARTORELL, que reclamó hace tiempo la eliminación de este doble proceso en relación con el deslinde de los bienes públicos, por economía procesal, por el descuartizamiento que supone derivar en una doble dirección los efectos de un único acto administrativo, por la necesidad de ventilar todas las cuestiones de propiedad que rodean al deslinde en un único proceso, y por la exigencia de reducir al mínimo las dudas y conflictos jurisdiccionales (seguridad jurídica). En base a estas objeciones, reclamaba la unidad procedimental en sede contencioso-administrativa (vid. “Prólogo”, op. cit., págs. 21-22, y también *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, op. cit., pág. 243). Igualmente L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, quien con lucidez pone de manifiesto cómo el propietario afectado por el deslinde se ve abocado a un doble procedimiento para intentar conseguir una única pretensión: que se aclare su situación (cfr. “Unidad de jurisdicción para la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 49, 1966, págs. 143 y ss.) En análogo sentido S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, al afirmar contundentemente, en el mismo orden de críticas, que debe partirse de que “el control judicial ha de ser ajustado con los intereses jurídico-subjetivos, para lograr que aquél se ajuste y resuelva en relación con la necesidad concreta de protección jurídica de los ciudadanos; a estos efectos, deben, pues, prevalecer las pretensiones o actuaciones procesales adecuadas con tales intereses jurídicos”, que no son otras, en este punto, que el recurso único a la jurisdicción contencioso-administrativa. Vid. *El deslinde de las costas*, op. cit., págs. 63 y ss.

(70) Cfr. su trabajo “La vía jurisdiccional en materia de deslindes y montes catalogados y otras cuestiones forestales en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 86, 1978, pág. 427.

públicas sujeta a Derecho administrativo...” (artículo 1.1), quedando al margen del mismo “las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública” [artículo 3.a)]— y deduciéndose implícitamente de los artículos 44 a 49 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En buena lógica, esta realidad puede generar problemas de incompatibilidad de sentencias y, consecuentemente, de inseguridad jurídica para los recurrentes en aquellos supuestos en que existan pronunciamientos judiciales contradictorios sobre un mismo deslinde, recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa por sus cuestiones procedimentales o competenciales, objeto de reproche ante los Tribunales civiles por asuntos de propiedad. Nótese: no si sólo existe uno, en cuyo caso resulta evidente que la sentencia civil, al resolver cuestiones de propiedad, vincularía a los órganos administrativos que hubiesen procedido al deslinde recurrido, debiendo priorizarse sus efectos frente a lo determinado en el acto administrativo que concluyese aquel procedimiento⁷¹. Al contrario: me estoy refiriendo a aquellas eventualidades en que pudieran existir dos sentencias judiciales diferentes, dictadas en dos órdenes distintos, y continentes de valoraciones opuestas sobre un mismo hecho objetivo: el deslinde de los bienes de las Administraciones públicas. En estos casos, inevitables dado que, como han destacado entre otros C. HORGUÉ BAENA⁷² y J. GONZÁLEZ SALINAS⁷³, no operan las excepciones de litispendencia y cosa juzgada por tratarse de órdenes jurisdiccionales distintos⁷⁴, el ordenamiento jurídico no ha reflejado lamentablemente una solución aplicable, por lo que, a estos efectos, los autores citados proponen bien la elección por el recurrente del orden jurisdiccional que entienda más proclive a sus pretensiones, evitando el presumiblemente menos favorable y eludiendo así la hipotética confrontación —solución en cualquier caso insatisfactoria, puesto que nadie puede negarle la legitimación para activar ambas vías jurisdiccionales⁷⁵—, bien plantear en último término un recurso de amparo basándose en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva derivado de la contradicción existente entre los distintos órganos jurisdiccionales⁷⁶, lo que, aunque jurídicamente posible, parecen demasiadas alforjas para un viaje que debería transitar por un camino mucho más estable. No estaría en absoluto de más, por ende, que desde el Derecho se determinara una respuesta a una eventualidad que de ningún modo es una mera especulación intelectual. Los procedimientos de deslinde están, desde luego, a la orden del día. Y sólo hay que estar atento a la jurisprudencia emanada de los Tribunales de Justicia para contrastarlo de manera inequívoca.

(71) Así tempranamente en la doctrina, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Conflictos jurisdiccionales: ¿puede constituir el deslinde administrativo un delito de usurpación de funciones judiciales si se superpone a un juicio civil de deslinde?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 59, 1969, pág. 168.

(72) *El deslinde de costas*, op. cit., págs. 422-423.

(73) *Régimen jurídico actual en la propiedad de las costas*, op. cit., pág. 644.

(74) Pese a que E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ han reclamado con buen sentido la operatividad de ambas excepciones cuando las dos jurisdicciones conozcan de un mismo y único hecho, aunque la petición se fundamente en derechos distintos. Vid. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, volumen II, 9ª edición, 2005 (reimpresión), pág. 635.

(75) Vid. *Régimen jurídico actual en la propiedad de las costas*, *ibidem*, págs. 645-646.

(76) *Ibidem*, pág. 644.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALENZA GARCÍA, J.F., *Vías pecuarias*, Civitas, Madrid, 2001.
- BENSUSAN MARTÍN, M.P., *Las vías pecuarias*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- CARRILLO DONAIRE, J.A., “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde”, en la obra colectiva coordinada por CHINCHILLA MARÍN, C., *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- FONT I LLOVET, T., “La protección del dominio público en la formación del Derecho Administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños”, *Revista de Administración Pública* 123, 1990.
- FUENTES BODELÓN, F., *Derecho Administrativo de los Bienes*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1977.
- GALLARDO CASTILLO, M.J., *El dominio público local. Procedimientos administrativos constitutivos y de gestión*, Edersa, Madrid, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, volumen II, 9ª edición, 2005 (reimpresión).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 129, 2006.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Notas sobre el régimen general del dominio público”, en la obra colectiva dirigida por este mismo autor *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.
- GONZÁLEZ SALINAS, J., *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*, Civitas, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El deslinde de las costas*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- GUAITA MARTORELL, A., “Prólogo” al libro de MENDOZA OLIVÁN, V., *El deslinde los bienes de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1968.
- *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, Civitas, Madrid, 1986, 2ª edición.
- HERRÁIZ SERRANO, O., *Régimen jurídico de las vías pecuarias*, Comares, Granada, 2000.
- HORGUÉ BAENA, C., *El deslinde de costas*, Tecnos, Madrid, 1995.
- “Las potestades administrativas para la protección de los montes públicos”, en la obra colectiva coordinada por CALVO SÁNCHEZ, L., *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- JIMÉNEZ PLAZA, I., “El deslinde administrativo”, en la obra colectiva dirigida por MESTRE DELGADO, J.F., *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2004.
- MARINA JALVO, B., “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos”, en la obra colectiva dirigida por MESTRE DELGADO, J.F., *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2004.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Unidad de jurisdicción para la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 49, 1966.
- “Conflictos jurisdiccionales: ¿puede constituir el deslinde administrativo un delito de usurpación de funciones judiciales si se superpone a un juicio civil de deslinde?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 59, 1969.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Dictamen sobre deslinde y expropiación de aguas nacidas de montes de propios e incluidas en una concesión hidroeléctrica de interés público”, *Revista de Administración Pública*, núm. 54, 1967.
- *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, 2ª edición.
- MENDOZA OLIVÁN, V., *El deslinde los bienes de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1968.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992.
- NIETO, A., “La vía jurisdiccional en materia de deslindes y montes catalogados y otras cuestiones forestales en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 86, 1978.
- PARADA VÁZQUEZ, R., “Prólogo” al libro de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El deslinde de las costas*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- *Derecho Administrativo III (Bienes públicos. Derecho Urbanístico)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 10ª edición.
- RIVERO YSERN, E., *El deslinde administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1967.
- “Concepto, naturaleza jurídica y elementos del deslinde administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 52, 1967.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.P., *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- SAINZ MORENO, F., “Bienes de las entidades locales”, en la obra colectiva dirigida por MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Municipal*, Civitas, Madrid, 1988, 1ª edición, volumen II.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (Director), *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, Tecnos, Madrid, 1997.
- SETUÁIN MENDÍA, B., “El patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón”, en la obra colectiva dirigida por EMBID IRUJO, A., *Derecho Público Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2005.
- “Crónicas de jurisprudencia sobre demanio costero, integradas en las crónicas colectivas sobre “Bienes públicos y Patrimonio cultural (sección XII)” y “Medio Ambiente (sección XIII)” coordinadas por EMBID IRUJO, A., *Revista Justicia Administrativa*, Lex Nova, 1998-actualidad.

Las servidumbres administrativas*

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

**Profesor Titular de Derecho
Administrativo de la Universidad
de Sevilla**

Resumen

LAS SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS

Las “servidumbres administrativas” o “servidumbres impuestas por la Ley por objeto de utilidad pública o comunal”, como las llama el Código Civil, consituyen una categoría históricamente controvertida, llena de adherencias dogmáticas y caracterizada por la imprecisión de sus límites, lo que ha determinado un manejo inflacionado e impropio de la misma por parte del legislador. Por ello, la primera finalidad del trabajo es deslindar la naturaleza jurídica de las servidumbres administrativas a través de un análisis histórico que desemboca en la perspectiva constitucional, desde la que la figura debe ser diferenciada de otras más o menos afines, como las delimitaciones del derecho de propiedad que traen causa en la función social de este derecho. A partir de esta delimitación, las servidumbres adminis-

trativas son calificadas como derechos reales limitados de naturaleza demanial, afirmación discutida en otros tiempos pero que hoy tiene pleno encaje en la definición legal del dominio público que la Ley 33/2003 extiende a los derechos patrimoniales distintos al de propiedad plena sobre las cosas. De la naturaleza demanial de las servidumbres se extraen una serie de consecuencias capitales para su régimen jurídico, por lo que el trabajo se completa con un estudio general del mismo en función de las distintas clases de servidumbres administrativas, atendiendo a sus diversos modos de constitución, a la valoración patrimonial del gravamen, a su régimen de protección y a sus causas de extinción, haciendo hincapié en las múltiples posibilidades y ventajas que puede proporcionar esta institución jurídica.

Abstract

THE ADMINISTRATIVE SERVITUDES

The “administrative servitudes” or “servitudes imposed by the Law by object of public or communal utility”, as they are called in the Civil

Code, constitute an historically controversial category, full with dogmatic adherences and characterized by the imprecision of its limits,

(*) Para una mayor profundización en el tema nos remitimos a nuestro libro *Las servidumbres administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2003. Exponemos aquí las principales conclusiones del mismo, al tiempo que se actualizan algunos de sus planteamientos a la luz de la nueva Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

what has determined an inflational and inappropriate handling of it by the legislator. So that, the first purpose of the work is to delimit the juridical nature of the administrative servitudes through an historical analysis that ends in the constitutional perspective, from which the figure should be differentiated of another ones more or less close, as the delimitations of the right of property that bring cause in the social function of this right. From this delimitation, the administrative servitudes are qualified as limited real of public domain rights, statement discussed in other times but that today has full fitting in the le-

gal definition of the public domain that the Law 33/2003 extends to the patrimonial rights different to that of full property on the things. Of the nature of public domain of servitudes are extracted some capital consequences to its juridical regime, because of this the work is completed with a general study of the same one according to the different types of administrative servitudes, taking heed to its different ways of constitution, to the patrimonial valuation of the obligation, to its regime of protection and to its extinction causes, making stress in the multiple possibilities and advantages that it can provide to this juridical institution.

Sumario:

I. La imperiosa necesidad de delimitar el concepto de servidumbres administrativas.

A) El lastre conceptual de la distinción entre “limitaciones” y “servidumbres” .

B) La perspectiva constitucional que ofrece el binomio delimitación-expropiación.

Las servidumbres administrativas como supuestos de expropiación de la facultad de uso

exclusivo. C) Las servidumbres administrativas como *iura in re aliena* de naturaleza demanial:

consecuencias de régimen jurídico y de orden sistemático. **II. Clases de servidumbres**

administrativas. A) Las servidumbres prediales establecidas *intuitu rei* para proteger el

destino del dominio público o para favorecer su acceso y utilización. B) Servidumbres

intuitu servicii destinadas a permitir el establecimiento y protección de tendidos de redes o

abastecimientos colectivos. a) Servidumbres forzosas de utilidad pública para el tendido

de redes sobre predios privados. b) La problemática configuración jurídica de los derechos

de ocupación del dominio público para el paso de redes. C) Las servidumbres constituidas

intuitu personae en favor de un conjunto de usuarios determinado o de la comunidad en su

conjunto. **III. Elementos comunes del régimen jurídico de las servidumbres administrativas.**

A) La competencia para prever la imposición de servidumbres administrativas. B) Modos

de constitución y especialidades del título. C) Valoración de las servidumbres: aplicación del

principio de proporcionalidad en razón de la cuota ideal extraída al derecho de propiedad.

D) La protección de las servidumbres administrativas: potestades derivadas de la tutela

demanial y posibilidades de inscripción registral. E) Modos de extinción: en especial,

la desafectación y la aplicabilidad de la reversión expropiatoria.

I. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONCEPTO DE SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS

La delimitación conceptual de las servidumbres administrativas o “de utilidad pública” —en la terminología del Código Civil— es una cuestión impregnada de adherencias históricas y de confusiones terminológicas que dificultan extraordinariamente su manejo, probablemente por algo que suele ocurrir con las instituciones arraigadas allende las fronteras del Derecho Administrativo: que sus señas de origen perduran en el tiempo, endurecidas, y se resisten a ser vencidas por la evolución de las cosas y la realidad del tiempo presente.

La distinción de las servidumbres administrativas del conjunto de afectaciones que puede sufrir el derecho de propiedad privada es una de esas distinciones “terribles” que suele despacharse las más de las veces con argumentos convencionales y socorridos, que cierran en falso cuestiones que se saben abiertas, y nos conducen a asumir, a duras penas, ficticias tomas de postura ante la dificultad de esclarecer todos los equívocos que habitan el tema. El imperativo primario del jurista es aquí de orden puramente sistemático, para intentar poner orden el mar de figuras que son empleadas por el legislador de la forma más desordenada y caótica. Éste, cada vez más desenvuelto y prolijo a la hora de establecer, a través de muy diversas formas, recortes más o menos intensos al derecho de propiedad, ha volado siempre a ras de tierra, con el más absoluto pragmatismo, imponiendo restricciones por allí, sacrificando derechos por acá, con tanta convicción en las posibilidades que le brinda la idea de la “función social” como despreocupación por la categorización e incluso por el *nomen* mismo de sus medidas limitativas o ablatorias. Y esa despreocupación llega al *summum* en lo tocante a las consecuencias patrimoniales que en su caso deban conllevar tales medidas. Pocas veces el legislador ha hecho el esfuerzo de elevarse sobre la fronda de esas medidas limitativas para intentar sintonizar con la “ansiedad conceptual” propia de las doctrinas científicas que han tratado de buscar los criterios ordenadores de esa abigarrada realidad, y no sólo por un simple prurito academicista sino por estar en juego la garantía patrimonial, base de toda la cuestión.

A) El lastre conceptual de la distinción entre “limitaciones” y “servidumbres”

En la regulación legal de la propiedad se han distinguido tradicionalmente dos instituciones: los “límites” y las “limita-

LA *RATIO PUBLICA UTILITATIS* ES LA CAUSA EFICIENTE, NO SÓLO DE LAS SERVIDUMBRES PÚBLICAS, SINO DE CUALQUIER ESPECIE DE LIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD POR RAZÓN DE INTERÉS PÚBLICO

ciones”. En puridad, los límites no merman la sustancia del derecho, sino que definen internamente sus contornos. Los límites de la propiedad no atribuyen ninguna ventaja o aprovechamiento a un sujeto distinto del titular, ya que su única finalidad es asegurar de modo constante la legítima pretensión de que el derecho no se salga de su órbita. Las limitaciones, por el contrario, son restricciones externas que achican la esfera del derecho tal y como ésta es definida por sus límites o contornos naturales. Se trata de un género que contiene distintas especies diferenciadas por su intensidad. Así, la limitación puede afectar a lo “absoluto” de la propiedad, constriñendo su contenido con carácter singular (como hacen, por ejemplo, las cargas reales o las obligaciones *propter rem*); o puede incidir en lo “exclusivo” del dominio, produciendo como efecto su desmembración (como ocurre con la imposición de derechos reales). No obstante, la idea de limitación es equívoca cuando aparece referida al dominio, porque también suele hablarse de “limitación” en un sentido diferente: como “delimitación”, configuración normal o fijación del contorno del derecho (lo que la acerca notablemente las nociones de límites y limitaciones).

Partiendo del concepto de propiedad del artículo 348 del CC (“derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”), los problemas de encaje institucional de las intervenciones legales sobre la propiedad provienen justamente de la equívocidad de la noción de limitación en el momento histórico de la codificación, en la medida en que el concepto de limitación –*lato sensu*– suele identificarse en la época liberal con el de límites. De hecho, hablar de limitaciones en los términos en que lo hace el artículo 348 CC indica una representación preestablecida del dominio como señorío pleno en el que el Derecho puede eventualmente injerir; cuando, en verdad, la existencia de límites o confines es immanente a la representación jurídica de cualquier derecho.

En este contexto teórico, las “servidumbres impuestas por la ley por objeto de utilidad pública” a las que se refiere el artículo 549 del CC, deberían diferenciarse dos figuras afines: de un lado, con la otra especie de “servidumbres forzosas” que menciona el artículo 549 CC, las que la ley impone “en interés de los particulares por causa de utilidad privada”; de otro, con las delimitaciones del derecho de propiedad que se justifican en la dimensión social del dominio. Pero esta pauta metodológica tropieza con el tremendo lastre histórico que padece el concepto de servidumbre en el ámbito del Derecho Administrativo. La razón principal de ello es que en la época de la codificación no había un título jurídico capaz de fundamentar una intervención sistemática y general sobre la propiedad. El omnipresente título de la policía administrativa en la época codificadora carecía de virtualidad en este terreno, ya que la actividad policial del Estado liberal se orientaba a la defensa del orden público y de la propiedad. La policía, así entendida, tenía una finalidad puramente defensiva de la paz social –de la que la propiedad era un presupuesto indiscutible– pero carecía del sesgo conformador que hoy la caracteriza, por lo que resultaba un título inapropiado para legitimar las intervenciones que pretendían la realización de fines sociales o comunitarios. La figura que mejor podía explicar la merma de facultades del propietario por razones de interés público y la consiguiente afeción de su derecho de uso al bien común era la servidumbre “de utilidad pública”, con lo que

el desdibujamiento de sus perfiles se hizo inevitable¹. No es de extrañar que JOUSSELIN, uno de los primeros autores en estudiar las servidumbres administrativas, las definiese como “toda modificación determinada por las leyes y reglamentos a la propiedad inmobiliaria en favor de la utilidad pública”², cuando lo cierto es que la *ratio publica utilitatis* es la causa eficiente, no sólo de las servidumbres públicas, sino de cualquier especie de limitación de la propiedad por razón de interés público.

Cabe añadir que el mismo lastre y falta de precisión técnica es apreciable en la configuración histórica de las llamadas “servidumbres legales de utilidad privada”, pues la mayoría de las pretendidas servidumbres civiles forzosas que recoge el CC tampoco son tales. Como ha denunciado la doctrina civilista, bajo la rúbrica “de las servidumbres legales” el Código recoge, junto a “verdaderas” servidumbres forzosas civiles o de utilidad privada, manifestaciones de otras instituciones bien diversas: límites naturales o inmanentes del derecho de propiedad no indemnizables (así, la mal llamada servidumbre natural de aguas –artículo 552–, o la servidumbre de vertiente de tejados –artículos 586 y 587–); relaciones de vecindad derivadas de la coexistencia de los predios (servidumbres de luces y vistas –artículos 580 a 585– o servidumbre de distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones –artículos 589 a 593–); o incluso formas especiales de condominio o cotitularidad de carácter real (singularmente la servidumbre de medianería –artículos 571 a 579–)³.

Junto a esta primera dificultad para aislar conceptualmente la categoría de las servidumbres administrativas, el CC añade otro obstáculo para diferenciar las nociones de límites naturales, limitaciones y servidumbres, pues aquél predica dos notas posibles del derecho de servidumbre que acercan extraordinariamente esta figura a otras afecciones de la propiedad: de un lado, permite la existencia de servidumbres personales (artículo 531) en las que, para atender ciertas necesidades de uso colectivo *intuitu personae*, desaparece el elemento del predio dominante; y, de otro, admite que el objeto de las servidumbres pueda ser una obligación de hacer, y no sólo un dejar hacer (*pati*) o no hacer (*non facere*), desterrando así el aforismo *servitus in faciendo consistere nequit*. Predicadas de las servidumbres de utilidad pública, estas notas acercan dichos gravámenes a las simples delimitaciones de la propiedad por su función social, en las que no hay predio dominante y pueden consistir en un *facere*.

(1) Así se explica que muchas de las intervenciones sobre la propiedad que consagraron las leyes demaniales del siglo XIX fueran formalmente calificadas como “servidumbres de utilidad pública”, cuando lo cierto es que la mayoría eran simples “delimitaciones” de la propiedad no indemnizables que recaían sobre los predios aledaños a los bienes de dominio público. Éste es el caso, por ejemplo, de las “falsas” servidumbres que imponían la Ley de Carreteras y la de Policía de ferrocarriles de 1877 a los terrenos colindantes; o las llamadas “servidumbres militares” que prohibían edificar en los terrenos circundantes a las plazas fuertes; de la servidumbre de “camino de sirga” con la que las Leyes de Aguas de 1866 y 1879 gravaron a las heredades ribereñas a los ríos; o la de salvamento que la Ley de Aguas de 1866, y la de Puertos de 1880, imponían a los terrenos lindantes con el litoral.

(2) *Traité des servitudes d'utilité publique*, París, 1850, pág. 12.

(3) DE BUEN, D., “Voz: servidumbre”, *Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XXVIII, Barcelona, 1958, págs. 688 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo II, *Derecho de Cosas*, vol. I, 11ª ed., Reus, Madrid, 1978, págs. 163 y ss.; ROCA JUAN, J., y AMORÓS GUARDIOLA, M., “Artículos 530 a 680”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, Vol. II, EDERSA, Jaén, 1978, págs. 2 y ss.; ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil español*, Vol. III, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 351; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 314; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, *Derechos Reales*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 263 y ss., y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *Curso de derechos reales limitados*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 59 y ss.

Esta confusión dogmática se incrementa aún más en la primera mitad del siglo XX como consecuencia de la intensificación del sesgo social de la propiedad, de modo que las ideas de *deber*, *carga real* y *limitación* adquieren nuevos relieves que acaban por dinamitar la concepción ultra liberal del dominio bajo la paradigmática fórmula de la *función social* de la propiedad. La consiguiente ampliación del radio de acción de los límites de dominio, concebidos en este contexto con finalidad conformadora, supuso una vuelta de tuerca en la ya notable falta de rigor técnico en el manejo legal de las nociones de limitaciones y servidumbres administrativas, con lo que la inflación conceptual, esta última figura, llegó a un momento cumbre que sigue teniendo amplio reflejo en nuestra legislación. Así, la especie “servidumbre de utilidad pública” acaba identificándose con el género “limitación”, y éste sirve para calificar genéricamente toda suerte de cargas, restricciones y gravámenes que puedan recaer sobre la propiedad. La parte se confunde con el todo y el desconcierto doctrinal queda servido⁴. Las consecuencias que acarrea esta confusión dogmática son funestas en el plano teórico y en el práctico, pues de la cabal apreciación de la noción de servidumbre administrativa depende la procedencia o no de una indemnización y la aplicación de todo un régimen jurídico que ha de ser diferente en función de la institución considerada.

Puede decirse, así, que la plasmación de las servidumbres “de utilidad pública” en el CC fuerza la recepción por el Derecho Administrativo de una problemática típicamente civilista ligada a la confusa e inflacionada regulación que el CC hace de las servidumbres legales. Ello revela la necesidad de depurar institucionalmente la categoría de las adherencias históricas que le hacen perder utilidad dogmática y de analizar problema de la extensión y límites de la propiedad desde sus claves constitucionales.

B) La perspectiva constitucional que ofrece el binomio delimitación-expropiación. Las servidumbres administrativas como supuestos de expropiación de la facultad de uso exclusivo

Muchas de las contradicciones que entraña la perspectiva civilista del problema de las servidumbres y limitaciones derivan de pretender resolver el momento individual y el momento social del derecho de propiedad haciendo una relectura del esquema definitorio del CC. Pero la afirmación de que siempre ha estado institucionalmente prevista la intervención legislativa sobre la propiedad en forma límites y limitaciones ya no es válida, porque el cúmulo de intervenciones que hoy sufre la propiedad no se resuelve en una cuestión de cantidad sino de grado, que nos enfrenta a una clase de intervenciones sobre la propiedad cualitativamente distintas. En efecto, en contraposición a lo que significó la doctrina civilista de los límites y limitaciones, el concepto de función social supone una profunda modificación de la estructura y del contenido de la propiedad. No se trata ya de

(4) Son especialmente reveladoras estas palabras de BIONDI, B: “la doctrina ha ido de uno a otro exceso. Todas las limitaciones legales del dominio eran calificadas como servidumbres legales, y por ello presentaba esta categoría un centenar de instituciones muy heterogéneas, que nada tenían en común como no fuere su reconocimiento positivo. No menos excesiva es la doctrina opuesta, que niega la existencia de las limitaciones legales del dominio, que presentan estructura análoga a la servidumbre y que por tanto puedan aún calificarse como servidumbres emanadas directamente de la ley”, *Le servitù*, Giuffrè, Milán, 1967 (la cita corresponde a la pág. 1323 de la edición castellana traducida y anotada por GONZÁLEZ PORRAS, EDESA, Madrid, 1978).

reconocer una cierta dimensión “transindividual” del derecho que el propietario estaría obligado a satisfacer, sino de afirmar que es la propia esencia de la propiedad la que contiene y exige esa orientación. La función social se sitúa así como un elemento inherente de la propiedad, señalando las fronteras de las facultades del propietario “desde dentro” del propio derecho, como principio ordenador y definitorio del mismo⁵.

Lo anterior desvela la verdadera razón que hace inapropiado el enfoque civilista para abordar la naturaleza y delimitación jurídica de las servidumbres administrativas. Y es que el artículo 33 de la CE sitúa la cuestión en los siguientes términos: las configuraciones legales de la propiedad que se fundamentan en la función social de la misma no dan lugar a indemnización porque suponen una simple “delimitación” conformadora del contenido del derecho (apdo. 2º del artículo 33 de la CE). Por el contrario, si se produce una privación de todo o parte del derecho, una mutilación de alguna de facultades que menoscaba su “contenido esencial” por causa de utilidad pública o interés social, la injerencia tendrá naturaleza expropiatoria y habrá de indemnizarse (apdo. 3º del artículo 33 en conexión con el artículo 53.1 de la CE).

Por consiguiente, la relevancia práctica de la cuestión se solventa en el juego del binomio delimitación-expropiación del artículo 33 de la CE, siendo el fiel que equilibra su funcionamiento el concepto de “contenido esencial” de los derechos que garantiza el artículo 53.1 de la CE. Como dijera NIETO, cabe hablar, en consecuencia, de dos tipos de intervenciones administrativas sobre la propiedad en atención a sus efectos: “intervención delimitadora” no indemnizable, e “intervención mutiladora” o expropiación⁶. Que éste sea el punto de partida metodológico para fundamentar la naturaleza y el régimen jurídico de las servidumbres administrativas se debe al concurso de dos circunstancias separadas en el tiempo: de un lado, la

**EN LAS SERVIDUMBRES
SIEMPRE HAY UN CENTRO
DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA
DEL BENEFICIO DETRAÍDO
A LA PROPIEDAD Y UN
TÍTULO ESPECÍFICO
QUE LO JUSTIFICA**

(5) Sobre esta cuestión destacan, en la doctrina administrativista, BARNÉS, J., *La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 45 y ss.; LEGUINA VILLA, J., “El régimen constitucional de la propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, págs. 9 y ss; y PAREJO, L., “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 17 (págs. 245 y ss.) 18 (págs. 541 y ss.), 1978, y 20 (págs. 33 y ss.), 1979. En la doctrina constitucionalista son de consignar los trabajos de OTTO y PARDO, I., “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 125 y ss., y REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución española*, BOE-CEC, Madrid, 1994, págs. 291 y ss.; y “Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, págs. 169 y ss. Entre los civilistas destacan los trabajos de Díez PÍCAZO Y PONCE DE LEÓN, J.L., “Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 23, 1971, págs. 13 y ss.; MONTÉS PENADÉS, V., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 136 y ss., y LÓPEZ LÓPEZ, A., *La disciplina constitucional del derecho de propiedad*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 63 y ss.

(6) “Evolución expansiva del concepto de expropiación forzada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pág. 85.

extensión del objeto de la potestad expropiatoria operada por la LEF de 1954, que al conceputar como expropiación “cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos” (artículo 1) admite la existencia de expropiaciones parciales del derecho, limitadas algunas de sus facultades; y, de otro, la recepción que la Constitución hace de las nociones de “delimitación”, “función social” y “contenido esencial” —en los términos señalados—. La aplicación del sistema pasa por hallar un criterio diferenciador entre las intervenciones delimitadoras y las que producen privación o mutilación.

Los criterios que ha decantado el Tribunal Constitucional para determinar qué sea el “contenido esencial” del derecho de propiedad se mueven en un nivel de abstracción y generalidad que hace muy incierta su aplicación al caso concreto, pues la doble dimensión que configura a la propiedad, la de la función social y la de la utilidad individual, tienen un mayor o menor extensión en función de múltiples variables. Como consecuencia de ello, se ha buscado refugio en la seguridad jurídica que ofrecen los criterios formales para distinguir los conceptos de “delimitación” y “expropiación”, criterios que toman en consideración la mayor o menor proyección de la intervención sobre el conjunto de propietarios. Éste es el camino propuesto por un sector doctrinal encabezado por GARRIDO FALLA, que califica de “delimitadora” la medida que resulta aplicable a la generalidad de propietarios, y de “expropiatoria” la que tiene carácter singular o sólo afecta a un grupo singularizado de aquéllos⁷.

Se trata de un criterio tradicionalmente empleado por el legislador. No en vano, figura en la definición del objeto legal de la expropiación (pues los artículos 1 de la LEF y del REF hablan de la “singularidad” de la privación), y la legislación especial también lo maneja con frecuencia. El arraigo de este criterio es proverbial en la jurisprudencia contencioso-administrativa, que contempla la individualidad de la lesión como un elemento determinante de la garantía indemnizatoria⁸. También el Tribunal Constitucional ha manejado habitualmente el criterio de la generalidad-singularidad de la medida para señalar la línea divisoria entre las nociones de “delimitación” y “expropiación” (SSTC 37/1987, 227/1988, 141/1991, 89/1994, 14/1998 y 248/2000).

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha acabado por dar entrada a un parámetro de distinción de las intervenciones sobre la propiedad que no atiende simplemente a la extensión cuantitativa de la medida sino a la efectiva incidencia de la misma en el contenido del derecho. Como ha destacado GARCÍA DE ENTERRÍA⁹, al señalar el “contenido esencial” como límite cualitativo que el legislador no puede desconocer sin prever la correspondiente indemnización, el Alto Tribunal está sentando un criterio de distinción de las intervenciones legislativas en la propiedad que tiene en cuenta el grado de penetración

(7) “El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 81, 1976, pág. 24.

(8) Sirvan como ejemplo las SSTs de 6 de julio de 1982 (Ar. 5349), de 25 de enero de 1993 (Ar. 58), de 14 de mayo de 1996 (Ar. 4368), o de 20 de enero de 1999 (Ar. 1081).

(9) “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, en especial, págs. 136 y ss.

de la medida en el derecho, lo que no deja de representar el empleo de un criterio “material” que a la postre habría de conjugarse junto al de la singularidad (criterio material que luce paradigmáticamente en el FJ 8º de la STC 170/1989). En este sentido, el Tribunal Constitucional se sitúa en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional 1º al Convenio, y con la producida por el TJCE al analizar la existencia de responsabilidad “sin ilegalidad” o por actos comunitarios lícitos que comprometen el derecho de propiedad¹⁰, donde el empleo de criterios materiales que atienden a la onerosidad de la medida (las nociones de “carga excesiva” en la jurisprudencia del TEDH, o “perjuicio especial” en la del TJCE) refleja una tendencia generalizada en el Derecho europeo que apunta a la conveniencia de ahondar en los criterios materiales que calibran la penetración de la intervención en el contenido esencial del derecho.

El criterio formal que atiende a la generalidad o singularidad de la medida adolece a nuestro juicio de un excesivo formalismo y de una automaticidad que lo puede hacer inícuo. Para determinar la naturaleza de la intervención creemos preferible hacer valer, con preferencia a la extensión de la medida, el grado y la índole de la privación, de modo que lo que permita conceptualizar una medida como expropiatoria sea la “especialidad” del perjuicio inferido. Con ello quiere señalarse que en la expresión “privación singular” que define del objeto de la LEF, el acento debe ponerse en la idea de “privación” más que la “singularidad”.

La doctrina alemana ha formulado, en este sentido, un conjunto de criterios materiales que tienen en cuenta la penetración de la medida en el contenido esencial del derecho. Así se han forjado los criterios que se fijan en la especial gravedad o entidad del sacrificio impuesto; en discernir lo que sea o no digno de protección en el derecho de propiedad; en lo que resulta exigible al propietario; o en averiguar si minoran o condicionan de forma desproporcionada la “utilidad privada” del propietario¹¹. Sin embargo, la aplicación de criterios materiales se resiste a formulaciones generales y obliga a operar casuísticamente, ponderando en cada caso qué sea el contenido esencial del derecho. La imposibilidad de emprender esta tarea con alcance general ha motivado una cierta resignación doctrinal y a la convicción de que sólo la combinación de varios criterios puede operar el deslinde.

Quizá no en el plano general en el que necesariamente se mueve la perspectiva constitucional, sino en el más instrumental plano que aquí nos ocupa, hay un criterio de distinción entre “delimitación” y “expropiación” que nos resulta esclarecedor para diferenciar las simples “delimitaciones” de las “verdaderas” servidumbres administrativas. Se trata de un criterio de índole material que está presente en la propia LEF: la utilidad social o enriquecimiento patrimonial correlativo a la pérdida patrimonial que acompaña a toda medida expropiatoria y que no se da en las simples delimitaciones del contenido de la propiedad. Frente a éstas, la imposición de una “verdadera” servidumbre administrativa siempre supone la sustantivización de una utilidad, de una cierta facultad de uso que se

(10) Véase un completo análisis de esta jurisprudencia en GUICHOT, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

(11) Criterios que han sido expuestos sistemáticamente por PAREJO, L., “La garantía...” op. cit., 2ª parte, págs. 571 y ss., y por REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad...*, op. cit., págs. 381 y ss.

sustraer por razón de interés público para transformarse en un derecho de uso distinto que expresa beneficio correlativo, el envés del gravamen impuesto al predio sirviente y que, por tanto, ha de ser justipreciado.

Junto a ello, servidumbres y delimitaciones se diferencian por su modo de constitución, puesto que las delimitaciones son configuraciones *ex lege* del derecho que no necesitan ningún acto aplicativo para producir sus efectos, mientras que las servidumbres legales siempre precisan —como veremos— de un acto de imposición que concrete en cada caso el supuesto de hecho legal. Desde una perspectiva subjetiva las diferencias entre las delimitaciones y servidumbres son aún más significativas, particularmente porque, al ser un derecho *in re aliena*, en las servidumbres siempre hay un centro de imputación subjetiva del beneficio detraído a la propiedad y un título específico que lo justifica. Desde el punto de vista del objeto de una y otra figura también existe alguna diferencia de interés, destacando el hecho de que las delimitaciones pueden afectar tanto a bienes muebles como a inmuebles (incluso a derechos de propiedad incorporal), mientras que las servidumbres han de recaer necesariamente sobre inmuebles (*ex* artículos 530 y 531 del CC), por lo que puede afirmarse que la existencia de un predio o fundo sirviente (no así de uno dominante) es requisito esencial de las servidumbres. Finalmente, servidumbres y delimitaciones también se diferencian por sus efectos, entre los que destaca el importante y ya apuntado carácter oneroso de las primeras frente a las segundas.

La consideración de las servidumbres administrativas como un supuesto de expropiación forzosa del *ius utendi* no implica, sin embargo, que su imposición haya de seguir formalmente el procedimiento expropiatorio. El carácter expropiatorio que tienen las servidumbres administrativas no obsta para que su constitución y otros aspectos de su régimen jurídico (normas de valoración, tráfico jurídico, protección y modos de extinción) se rijan eventualmente por procedimientos y disposiciones no contempladas en la LEF. De hecho, la constitución de servidumbres administrativas conlleva por lo general la aplicación de particularidades de régimen jurídico establecidas en las normas sectoriales a las que expresamente se remite para estos casos el artículo 2 del Reglamento de la LEF. Lo que importa retener es que las especialidades de régimen jurídico de las servidumbres administrativas no desdican su naturaleza expropiatoria, por cuanto encajan en el concepto de “privación singular”.

C) Las servidumbres administrativas como *iura in re aliena* de naturaleza demanial: consecuencias de régimen jurídico y de orden sistemático

Pese a todo lo dicho anteriormente, el rasgo diferencial más importante de las servidumbres administrativas, y en el que en verdad se sustenta su autonomía conceptual, es que en ellas se hace presente un régimen de prerrogativa. Siendo así que las servidumbres administrativas pueden definirse como gravámenes reales que recaen sobre un fundo privado por una causa de utilidad pública o interés social legalmente tipificada, ya sea en beneficio y protección de un bien de dominio público o ya para la satisfacción de una necesidad colectiva, y que se caracterizan porque el régimen de protección de la concreta y limitada utilidad en que consiste el gravamen se rige por los principios y procedimientos

del Derecho Administrativo y, más concretamente, de la policía demanial.

La afirmación que acaba de hacerse puede sorprender a quienes, imbuidos de la tradicional creencia de que el dominio público no puede consistir en derechos reales limitados distintos del pleno dominio sobre la cosa (que es la concepción “cosificada” del dominio público que luce en el Código Civil y en la anterior Ley de Patrimonio del Estado), consideran imposible la existencia de *iura in re aliena* de naturaleza demanial¹². Pero esta creencia, justificada durante largo tiempo por el Derecho positivo, ha sido desterrada por la nueva Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que contempla implícitamente la existencia de servidumbres administrativas y de otros derechos reales limitados de carácter demanial al reconocer como objeto posible del dominio público no sólo a los bienes, sino también los derechos (artículo 5). Quiere decirse, con ello, que la noción de dominio público se concibe en el Derecho vigente con independencia de la cualidad material de las cosas sobre las que recae, pudiendo estar integrado, en consecuencia, por derechos reales limitados distintos al dominio pleno sobre la cosa. A nuestro juicio, no cabe contrargumentar que ello represente un riesgo de desbordamiento del régimen de la demanialidad, sino, más bien, esta previsión legal debe entenderse como una superación de las deficiencias que tenía la dogmática clásica a la hora de explicar los fenómenos de disociación entre titularidad y afectación demanial, aparte de representar una apuesta clara por la racionalización del concepto mismo de dominio público, cuyo primer requerimiento es, probablemente, admitir la existencia de regímenes demaniales diversificados en función de los diferentes tipos de bienes o derechos sobre los que la categoría puede proyectarse.

Aun más, la afirmación legal de que el dominio público está formado por bienes o cosas y también por derechos reales li-

**LAS SERVIDUMBRES
ADMINISTRATIVAS
PUEDEN DEFINIRSE COMO
GRAVÁMENES REALES QUE
RECAEN SOBRE UN FUNDO
PRIVADO POR UNA CAUSA
DE UTILIDAD PÚBLICA
O INTERÉS SOCIAL
LEGALMENTE TIPIFICADA**

(12) La consideración de las servidumbres administrativas como derechos reales *in re aliena* que integran el dominio público y reclaman la aplicación de su régimen jurídico está ampliamente arraigada en el Derecho comparado, no así en España. La razón histórica es la aparente imposibilidad de que el dominio público albergue en su seno derechos reales limitados, dado que hasta la aprobación de la nueva LPAP, la máxima sentada por el Código Civil y la legislación patrimonial del Estado, repetida sistemáticamente en la legislación autonómica y local, era que el objeto del dominio público sólo podía ser el derecho de propiedad pleno. Contra estos prejuicios reaccionó en su día un sector minoritario de la doctrina, encabezado por DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que demostró que dicha consecuencia no era la que se derivaba del análisis sistemático de la legislación, por lo que no cabía excluir la existencia de derechos reales limitados de naturaleza demanial distintos del de propiedad, “Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los *iura in re aliena*”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 35, 1982, págs. 651 y ss. PAREJO destacó el acierto de esta tesis para explicar los fenómenos de disociación entre titularidad y afectación que quedaban al margen de la dogmática clásica del dominio público en “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, III, 1983, pág. 2380. Más claramente, MORELL llegó a afirmar que las servidumbres públicas debían considerarse instrumentos de la policía demanial, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 533 y ss.

mitados, como el de servidumbre, tiene, a la par de un valor ordenador y conceptual otras utilidades adicionales. En primer lugar, permite aplicar a dichos derechos las técnicas de garantía de la identidad (régimen de inventario e inscripción registral), de garantía de la indisponibilidad e inembargabilidad y, sobre todo, el régimen de protección de la policía y la autotutela demanial a los derechos limitados que integren el dominio público [como se deduce de los artículos 6.e) y 41 y ss. de la LPAP que reconocen el ejercicio de las potestades de defensa demanial en relación a los “bienes” y “derechos” demaniales]. Y, en segundo lugar, lo que quizás sea aún más relevante desde un punto de vista práctico, al admitir que las servidumbres administrativas forman parte del dominio público y que son una proyección de éste (de su régimen jurídico) cabe deducir que no siempre es necesario expropiar todo el dominio para conseguir la afectación de un bien a un uso público (con las importantes consecuencias económicas que eso conlleva) sin perder, además, las ventajas de la tutela demanial para proteger dicho uso.

La posibilidad de considerar a las servidumbres administrativas como *iura in re aliena* de naturaleza demanial que ha consagrado la LPAP no es, ni mucho menos, tan novedosa y ajena a nuestro Derecho como parece. No en vano, ésta fue la consideración legal de algunos usos públicos que gravaban determinados bienes privados que, al cabo, terminaron incorporándose dominio público (caso, por ejemplo, de las vías pecuarias que el CC contemplaba originariamente como servidumbres legales, o de ciertas rutas culturales, como el Camino de Santiago, que actualmente se consideran bienes de dominio público pero que antaño fueron —y todavía hoy de forma excepcional— servidumbres de paso). Asimismo es el caso, según veremos, de las llamadas servidumbres urbanísticas, o de las servidumbres que sirven para establecer canalizaciones y pasos de redes de abastecimiento. Y también podría ser el caso futuro de alguno de los caminos culturales y rutas turísticas, hoy tan promocionadas, cuyo establecimiento cabría eventualmente arbitrar con el auxilio de la figura de la servidumbre de uso público. De hecho, la mayor virtualidad de la calificación de las servidumbres administrativas como derechos reales de naturaleza demanial pudiera estar estrechamente ligada a la conservación, ampliación, reestablecimiento y rehabilitación del dominio público.

Aparte de todas estas ventajas que en nuestra opinión tiene la consideración de las servidumbres administrativas como *iura in re aliena* demaniales quisiéramos resaltar, finalmente, la utilidad sistemática de dicha teoría presta en el plano de la teoría general de los derechos reales, al permitir diferenciar con claridad las servidumbres administrativas de las servidumbres legales de utilidad privada y otras figuras afines de carácter civil en las que no hay régimen de prerrogativa. En primer lugar, porque la naturaleza y régimen administrativo de las servidumbres públicas determina que la analogía entre éstas y las servidumbres legales de utilidad privada que se contemplan en el Capítulo II del Título VII del Código Civil sea solamente estructural, limitándose esencialmente a la naturaleza jurídica del derecho constituido: un derecho real sobre cosa inmueble ajena consistente en la sustracción parcial de una facultad de uso. Más allá de este dato, toda la relación que pueda haber entre una y otra figura será de simple afinidad —nunca de identidad—, ya que el régimen jurídico de las servidumbres administrativas viene marcado en toda su extensión por la especial naturaleza de su *causa servitutis*: el uso público, que es siempre el destino

último del gravamen; y por la exorbitancia del régimen jurídico demanial que caracteriza su protección. En consecuencia, el sistema de fuentes aplicable a estos gravámenes es el propio del dominio público, en los términos que hoy expresa el artículo 5.4 de la LPAP, con lo que la aplicación supletoria del Código Civil queda notablemente atenuada y supeitada a la inexistencia de norma especial o general de Derecho Administrativo.

En segundo lugar, la aplicación del régimen jurídico-público que es típico de la protección del dominio público también permite diferenciar las servidumbres administrativas de las servidumbres forzosas de utilidad privada que se establecen para facilitar el acceso a ciertos bienes de dominio público o sobre bienes que cumplen una función pública y que requieren de una intervención administrativa para su constitución sin perder por ello su naturaleza civil. En este tipo de servidumbres el uso público brilla por su ausencia, siendo el único interés que las motiva el estrictamente particular, de modo que la intermediación de la Administración se asemeja aquí a la del juez que fija cualquier otra servidumbre forzosa de carácter civil (como sucede, por ejemplo, en la de paso para facilitar el acceso de un enclave a una vía pública o en las servidumbres de presa, parada, partididor o acueducto establecidas por el organismo de cuenca en interés privado).

Asimismo, la caracterización de las servidumbres administrativas como derechos reales demaniales las distingue, por último, de las servidumbres de naturaleza civil que eventualmente pueden constituirse a favor o sobre bienes patrimoniales de la Administración, pues estas otras servidumbres no se constituyen por una causa de utilidad pública definida por la Ley, de modo que no se afectan al uso o servicio público y, aunque puede hablarse de un *ius in re aliena*, éste no será de naturaleza demanial ni le será aplicable un régimen de prerrogativa, siendo su régimen jurídico y competencia jurisdiccional los propios del Derecho civil¹³.

Se comprueba, en suma, que las servidumbres administrativas no son una institución anacrónica ni se amparan en una construcción teórica languideciente. Todo lo contrario, creemos que la consideración de las servidumbres administrativas como derechos reales de naturaleza demanial alberga unas posibilidades inexploradas que las pueden convertir en instrumentos de plena actualidad; y no sólo a la hora de solucionar problemas de orden conceptual y sistemático, sino también eminentemente práctico, porque la categoría de las servidumbres administrativas sitúa en primer plano la garantía patrimonial del derecho de propiedad a la par que encauza y proyecta de forma idónea el régimen de las potestades públicas sobre la propiedad privada en armonía con los principios de adecuación y suficiencia que consagra el artículo 6.b) de la LPAP (que, a nuestro juicio, no sólo tienen una dimensión cuantitativa en relación a la extensión de la categoría del dominio público, sino también cualitativa, relativa a la proyección de su régimen jurídico).

(13) Como testimonian las SSTs de 25 de septiembre de 1986 (Ar. 5981) y de 13 de abril de 1987 (Ar. 4431), que inadmiten sendos recursos contencioso-administrativos porque su temática de fondo estaba referida a servidumbres de esta naturaleza, cuyas cuestiones interpretativas, como dice el segundo de los pronunciamientos citados, pertenecen al Derecho y a la jurisdicción civil por ser “enteramente ajenas al campo y a la regulación del Derecho administrativo y al imperium que es propio de esta clase de Derecho”.

II. CLASES DE SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS

En el concepto de servidumbre administrativa que hemos propuesto se incluyen tres clases diferenciadas, cada una de las cuales con una problemática característica: en primer lugar, las servidumbres constituidas en beneficio de un bien de dominio público, que tendrían por tanto el carácter “interpredial” o *intuitu rei* que luce el artículo 530 del CC; en segundo lugar, las servidumbres destinadas a permitir el establecimiento de redes o abastecimientos colectivos de servicios y que se reconocen en favor de un beneficiario *intuitu servicii*; y, finalmente, las servidumbres constituidas *intuitu personae* en favor de un conjunto de usuarios determinados o de la comunidad en su conjunto. Las dos últimas clases entrarían, a nuestro juicio, en el tipo genérico de las servidumbres “personales” del artículo 531 del CC.

A) Las servidumbres prediales establecidas *intuitu rei* para proteger el destino del dominio público o para favorecer su acceso y utilización

Este tipo de servidumbres está en el origen mismo de la categoría y encarnan el supuesto prototípico del artículo 530 del CC, en el que la titularidad activa del derecho se ostenta *intuitu rei* y la relación jurídica de servidumbre se traba directamente *ob rem* en razón de la ubicación o vecindad de los predios.

Esta clase de servidumbres administrativas han sido contempladas tradicionalmente por la legislación y la doctrina en el contexto de las llamadas “zonas de servidumbre” que la legislación sectorial sobre obras públicas (carreteras, autovías, ferrocarriles) y bienes demaniales (aguas, costas, etc.) establece comúnmente sobre los predios colindantes. No obstante, la extensión e implantación real de las servidumbres prediales no coincide con la de dichas “zonas”, teniendo mucho menor alcance. La razón es que estas nominales “zonas de servidumbres” no son “verdaderas” servidumbres públicas sino meras “delimitaciones” del derecho de propiedad¹⁴, lo cual no impide que sobre dichas zonas puedan imponerse auténticas servidumbres administrativas (u otras limitaciones, típicamente ocupaciones temporales). De hecho, esta posibilidad potencial es la que explica el verdadero sentido de su designación como “zonas” de servidumbre, es decir, como terrenos especialmente predestinados para ser gravados por alguna servidumbre pública. Quizá sea ésta la conclusión más importante que se extrae del estudio sectorial de la legislación demanial que establece dichas “zonas de servidumbres” en los terrenos

(14) Así, por ejemplo, no son verdaderas servidumbres sino simples delimitaciones no indemnizables: la “zona de servidumbre” que se extiende longitudinalmente a lo largo de las riberas de los cauces públicos en los términos que establece el artículo 6 del TRLA, o la “zona de servidumbre y policía” en embalses superficiales, lagos y lagunas a la que se refiere el artículo 96; tampoco lo son muchas de las “servidumbres aeronáuticas o aeroportuarias” previstas en Ley de navegación aérea de 21 de junio de 1960 (artículos 51 a 54); ni las servidumbres “de protección” y “de tránsito” que contemplan los artículos 23 y ss. de la Ley de Costas y 43 y ss. de su Reglamento, por lo que, a diferencia de lo que sucede con la “servidumbre de acceso al mar” (verdadera servidumbre administrativa de carácter predial) el establecimiento de estas otras dos “servidumbres” no genera derecho a indemnización, salvo “los daños que se ocasionen por las ocupaciones temporales” para depósito de materiales o salvamento (la tradicional servidumbre de salvamento que ahora contemplan los artículos 24.2 de la Ley y 44.2 y 51.5 del Reglamento), lo que denota su errónea calificación de servidumbres, cuando su verdadera naturaleza es, en palabras de la STS de 6 de julio de 1989 (Ar. 5690), constituir “límites institucionales del dominio, que tiene su razón en función del interés común –público– y son de indudable conveniencia o utilidad social (...) de modo que afectan y delimitan el contenido del derecho de propiedad”.

colindantes al dominio público, comprobándose que las que merecen la calificación de servidumbres administrativas son bien pocas¹⁵.

Por otra parte, al margen de las servidumbres que eventualmente pueden imponerse sobre las propiedades comprendidas en las “zonas de servidumbre”, la legislación sectorial también prevé el establecimiento de otras servidumbres prediales en beneficio del dominio público cuya imposición no se verifica ya en los terrenos comprendidos en alguna de las mencionadas “zonas”, como sucede –entre otros– en el caso de las servidumbres previstas para la instalación de teleféricos (Ley 4/1964, de 29 de abril); de índices geodésicos (Ley 11/1975, de 12 de marzo); o radiobalizas para la navegación aérea (Decreto 584/1972, de 24 de febrero), en las que el predio dominante es la propia estructura y el sirviente el que resulta gravado con la servidumbre de paso que permite la instalación y acceso a la misma.

Desde otra perspectiva, también son servidumbres prediales las que se establecen para posibilitar o facilitar el acceso y disfrute de ciertos bienes de dominio público, y no ya simplemente para protegerlos o garantizar su destino. Tal es el caso, por ejemplo, de la servidumbre de acceso al mar de la Ley de Costas, o de la servidumbre de paso que prevé el Texto Refundido de la Ley de Aguas para garantizar el acceso a la zona de dominio público de los cauces.

Finalmente, también tienen la consideración de prediales ciertas servidumbres establecidas para la conducción de abastecimientos de utilidad pública, señaladamente la de acueducto cuando ésta se impone por motivos de interés público para canalizar el agua a las poblaciones o evacuar las sobrantes o residuales (aunque en estos casos la naturaleza predial de esta servidumbre derive de la *factio iuris* de considerar predio dominante no sólo el territorio donde se asienta la población beneficiaria sino al propio acueducto y a su cauce, cajeros y márgenes).

(15) Cabe citar como ejemplo los artículos 78.3 del Reglamento General de Carreteras (RD 1812/1994, de 2 de septiembre), y 285.1 del RD 1211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Estos preceptos desarrollan las correspondientes previsiones legales sobre los usos que caben en la zona de servidumbre de las carreteras y líneas férreas previendo expresamente la constitución de ciertas servidumbres en beneficio de la vía, como el encauzamiento o canalización de las aguas que discurran por ella, el paso necesario para garantizar el mantenimiento de la vía o el establecimiento de conducciones fijas de energía o telecomunicación (aunque este último caso no se trataría de servidumbres “prediales”, puesto que se constituyen en beneficio de terceros, no de la vía). Incidiendo en esta última posibilidad, el artículo 287.4 del Reglamento de la LOTT dispone que las servidumbres de paso de líneas eléctricas de baja tensión y de líneas telefónicas y telegráficas se autorizarán, precisamente, en la zona de servidumbre aneja a las líneas férreas. La predisposición de la zona de servidumbre de las autopistas para soportar servidumbres de paso de redes y conducciones se hace igualmente patente en el artículo 20.1.b) de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de autopistas en régimen de concesión.

**A DIFERENCIA
DE LAS SERVIDUMBRES
PERSONALES DE UTILIDAD
PÚBLICA DE USO Y
DESTINO PÚBLICO,
LA CAUSA SERVITUTIS
DE LAS SERVIDUMBRES
DE PASO NO ES EL USO
PÚBLICO SINO UNA
CONCRETA UTILIDAD
PÚBLICA**

nes como dispone el artículo 408 *in fine* del CC), pues sólo así parece posible garantizar el correcto ejercicio de los derechos y obligaciones que la legislación confiere al titular de la servidumbre, en estos casos la entidad local responsable del servicio y beneficiaria de la concesión de abastecimiento.

B) Servidumbres *intuitu servicii* destinadas a permitir el establecimiento y protección de tendidos de redes o abastecimientos colectivos

a) Servidumbres forzosas de utilidad pública para el tendido de redes sobre predios privados

El primer tipo de servidumbres administrativas de naturaleza personal al que nos referíamos son las que se reconocen a favor de un beneficiario. La legalidad administrativa está plagada de estas servidumbres que se justifican por la necesidad de establecer las conducciones o redes que posibilitan el suministro a determinados abastecimientos y servicios a la comunidad. La singular problemática de estas servidumbres se ha visto profundamente afectada por liberalización de los llamados “servicios en red” y su conversión en “servicios de interés general” en régimen de competencia. Desde el punto de vista jurídico, la consecuencia más destacada de este cambio normativo es la imposibilidad de mantener hoy la correlación que antaño se establecía entre los conceptos y regímenes jurídicos del servicio público, patrimonio del concesionario afecto al mismo y dominio público. La ruptura de esa correlación lógica parece poner a prueba la naturaleza administrativa de las servidumbres de paso de redes. Como certeramente ha afirmado DE LA QUADRA SALCEDO y GARCÍA DE ENTERRÍA, tras la *despublicatio* de estos sectores, el régimen de los derechos de ocupación, el beneficio de la expropiación y el establecimiento de servidumbres es “la piedra de toque del nuevo concepto de servicios de interés general”¹⁶.

Creemos, sin embargo, que el régimen de estas servidumbres no está cuestionado por la nueva regulación. La sujeción de estas servidumbres al régimen administrativo se explica en la actualidad por la conjunción de dos circunstancias que, en esencia, no difieren de las que justificaban el régimen anterior. En primer lugar, por el expreso carácter de “servicios de interés general” que la legislación confiere a las actividades liberalizadas que se sirven de estas servidumbres de paso, que se traduce en una serie de limitaciones y condiciones especiales de los derechos y obligaciones de los operadores. Y, en segundo lugar, por el hecho de que este nuevo marco legal sigue considerando a los titulares de las redes de servicios como beneficiarios del procedimiento de expropiación forzosa a los efectos de constituir servidumbres sobre las propiedades privadas (en el marco de los artículos 2.3 de la LEF y 5 del REF). Por tanto, hoy como ayer, estos operadores representan el interés público o social para cuya realización pueden instar de la Administración competente la expropiación del derecho de paso y la constitución de la correspondiente servidumbre, adquiriendo dichos gravámenes a título de dueños (artículo 3 del REF). Al mismo tiempo, estas servidumbres están afectas a la “utilidad pública” que justifica su carácter legal o forzoso, por lo que su sujeción al régimen jurídico de las servidumbres administrativas

(16) AAVV, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 317.

sigue siendo clara y se justifica en la misma especialidad de su *causa servitutis*: la utilidad pública de la instalación o red y su afectación a un destino de interés público legalmente declarado como tal.

No obstante, esta última afirmación matiza el carácter “personal” de estos gravámenes pues, a diferencia de las servidumbres personales de utilidad pública de uso y destino público, la *causa servitutis* de las servidumbres de paso no es el uso público sino una concreta utilidad pública, lo que determina que su beneficiario inmediato y directo no sea la comunidad sino el gestor del servicio o actividad en cuyo beneficio se establecen. Pudiera decirse, por tanto, que las servidumbres para el tendido de redes se constituyen *intuitu servicii*, sin perjuicio del elemento personal que representa el sujeto beneficiario. Esta singularidad justifica que algunas particularidades del régimen jurídico de las servidumbres personales (como las que condicionan su transmisibilidad), no sean aplicables a la singular especie de las servidumbres para el establecimiento y paso de redes.

Por otro lado, las cuestiones relativas a su alcance, contenido y constitución aparecen recogidas en términos muy similares por la legislación sectorial relativa al paso de infraestructuras y redes por las propiedades privadas. Resumiendo los aspectos más destacados de dicho régimen hay que precisar, en primer lugar, que los tendidos de red que se establecen sobre las propiedades particulares no siempre se configuran jurídicamente como servidumbres, pues la legislación permite a tal efecto que se expropie la totalidad del terreno que vaya a ser ocupado. No obstante, la constitución del derecho de paso como servidumbre será lo habitual, siquiera sea porque a efectos de valoración expropiatoria resulta más rentable para el beneficiario, que es quien debe instar la declaración de utilidad pública de la Administración expropiante y proponer la relación concreta de los bienes y derechos a expropiar; aunque ello haya de entenderse sin perjuicio del derecho que asiste al titular del predio sirviente de solicitar de la Administración expropiante la expropiación “total” cuando la imposición de la servidumbre haga antieconómica su explotación (artículo 23 de la LEF).

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que cuando esos derechos de paso se configuran como servidumbres atienden siempre una doble finalidad que revela el carácter complejo de estos gravámenes: el paso y la conservación. Este doble objeto de la servidumbre se traduce, desde el punto de vista de su contenido, en la constitución de un gravamen con facultades diferenciadas, que respectivamente atienden al establecimiento de la línea o conducción (paso) y a su cuidado y atención (acceso), en análogo sentido a la previsión del artículo 542 del CC. De este modo, el contenido principal de la servidumbre, el paso o instalación de la red, se ve siempre acompañado de otros contenidos accesorios que deben distinguirse para su valoración como partidas separadas del justiprecio.

Finalmente, es de destacar la posibilidad de que sobre una misma canalización o trazado de red haya una pluralidad de beneficiarios de distintas servidumbres, que es algo que acaece con frecuencia gracias a la combinación de una doble circunstancia: de un lado, por la previsión legal (singularmente desarrollada en telecomunicaciones) de que operadores que prestan una misma actividad compartan los bienes que en cada caso son objeto de los derechos de ocupación y paso, lo que implica la coubicación de las redes o tendidos en

una misma canalización o trazado y la compartición de ciertas infraestructuras; y, de otro, por la eventual extensión de esta posibilidad a operadores que desarrollan actividades o servicios diferentes, que se pueden ver igualmente compelidos a establecer sus tendidos por los lugares ya fijados para otras finalidades. En uno y otro caso, la concentración de redes responde a la lógica necesidad de proteger el medio y ordenar racionalmente el impacto físico que conlleva este tipo de conducciones. No obstante, el régimen de compartición no implica que haya una sola servidumbre, pues lo que se comparte es el lugar de paso pero no el título jurídico que materializa el derecho de paso.

Pese a los múltiples problemas que plantea el régimen jurídico de los pasos en red, lo cierto es que el mayor interés dogmático de estas servidumbres para el Derecho Administrativo estriba en su problemática y discutida configuración cuando su trazado transcurre o gravita sobre bienes de dominio público. Resulta obligado que nos detengamos someramente en esta cuestión, a fin de determinar la naturaleza de estas ocupaciones demaniales y los nuevos interrogantes que sobre esta cuestión plantea la liberalización de infraestructuras y servicios.

b) La problemática configuración jurídica de los derechos de ocupación del dominio público para el paso de redes

El principio de inalienabilidad del dominio público es comúnmente entendido por la doctrina en un sentido tan amplio como rígido, como obstáculo insuperable frente a todo acto de disposición o gravamen. No obstante, la inalienabilidad opera para impedir el tráfico privado sobre estos bienes, pero no un cierto tráfico jurídico-público, por lo que al amparo de una categoría exportada del Derecho francés e italiano, construida entre nosotros por GONZÁLEZ PÉREZ, nuestro ordenamiento admite “derechos reales administrativos” sobre el dominio público¹⁷.

Desde la perspectiva de los tendidos en red, el efecto más importante de la inalienabilidad es que las servidumbres de paso quedan suplantadas por la figura de la autorización o concesión demanial cuando el tendido transcurre o gravita sobre bienes de dominio público. Esta mutación de la técnica jurídica es de enorme importancia en vistas de las diferencias de régimen entre los “derechos reales administrativos” y el derecho real de servidumbre, ya que las concesiones y autorizaciones demaniales no son derechos subjetivos perfectos oponibles *erga omnes*, sino situaciones objetivas disciplinadas por la norma y plegadas al ejercicio de la potestad administrativa (en particular, al establecimiento de condiciones generales y particulares, y al ejercicio del *ius variandi* y *ius revocandi*), mientras que las servidumbres legales sí son derechos subjetivos de carácter real oponibles frente a la Administración.

Pero más allá de razones puramente teóricas y dogmáticas, la negación de la posibilidad de constituir servidumbres sobre el dominio público tiene una explicación más pragmática, cuyas implicaciones subyacen en el esfuerzo doctrinal por extremar las conse-

(17) *Los derechos reales administrativos*, 1ª ed. 1957, 2ª ed., reimpr., Civitas, 1989.

cuencias de la inalienabilidad a mediados del pasado siglo. De hecho, el establecimiento de servidumbres de paso de redes sobre el dominio público no era cuestionado hasta que afloró un problema práctico bien definido: la consideración de estas ocupaciones como servidumbres traía como consecuencia la aplicación supletoria del artículo 545 CC, de modo que si surgía la necesidad de alterar el trazado de una línea, el coste de la misma tenía que asumirse por el titular del predio sirviente (la Administración). Una consecuencia económica especialmente gravosa en la época del desarrollismo, donde la previsión de ampliar y crear infraestructuras férreas y carreteras traía consigo la necesidad de variar muchos de los trazados existentes, singularmente los de los cables y postes telefónicos.

En relación a estos últimos, el problema se agudizó extraordinariamente dado lo excesivo —por inicu— que parecía que la Administración tuviera que subvencionar dichas variaciones en el contexto de lo que entonces era un servicio público y prestado a través de un solo beneficiario: la “Compañía Telefónica Nacional de España”. El argumento jurídico no se hizo esperar, produciéndose un cambio radical en el modo en que el Consejo de Estado y la jurisprudencia afrontaban hasta entonces el problema: los derechos de paso pasaron a calificarse como concesiones demaniales a precario, con lo que el cambio de trazado no debía ser soportado por la Administración sino por la Compañía concesionaria. La posterior evolución jurisprudencial consagró, con carácter general, la improcedencia de servidumbres sobre el dominio público como un efecto directamente derivado del principio de la inalienabilidad, y ello trajo consigo la consolidación de las cláusulas “a precario” en las concesiones y autorizaciones demaniales. Aunque los efectos del precario se han minimizado por la jurisprudencia con la aplicación de los principios de legalidad del acto *a contrario* y de responsabilidad, tampoco cabe pasar por alto la menor fuerza jurídica de los “derechos reales administrativos” de ocupación del dominio público que se deriva del poder de condicionamiento administrativo. No se olvide, en este orden de consideraciones, que el vigente artículo 93.4 de la LPAP ha acentuado el carácter precario de las autorizaciones demaniales (que “podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público sin generar derecho a indemnización”), y que los artículos 93 a 101 confieren un derecho muy limitado al concesionario sobre las obras e instalaciones fijas que construya.

**LAS SERVIDUMBRES
LEGALES SON DERECHOS
SUBJETIVOS DE CARÁCTER
REAL OPONIBLES FRENTE
A LA ADMINISTRACIÓN**

A la vista de lo dicho, cabe preguntarse si sería lícito plantear una vuelta a la situación inicial y propugnar la conversión jurídica de estas ocupaciones en servidumbres legales de utilidad pública. La oportunidad de la pregunta se justifica en un contexto liberalizado en el que los perjudiciales efectos económicos que derivaban de la configuración de estos derechos como servidumbres no pueden calificarse ya de inicuos. Entendemos que la posibilidad puede ser barajada por el legislador, porque ya no nos parece convincente el clásico argumento según el cual la configuración de estos derechos de paso como concesiones y autorizaciones demaniales es una consecuencia ineludible del principio de inalienabilidad del dominio público. Aparte de que los presupuestos fácticos que motivaron esta conclusión tan extrema han desaparecido, tampoco creemos posible, en un plano puramente teórico, mantener a ultranza lo que a nuestro juicio supone una formulación excesivamente rígida del principio de inalienabilidad del dominio público. Hay razones de peso que rebajan la fuerza de ese argumento tradicional y de los prejuicios dogmáticos que lo alientan.

La primera es que la doctrina y la jurisprudencia civil admiten la posibilidad de constituir derechos reales, y muy singularmente servidumbres civiles sobre bienes formalmente calificados de dominio público siempre que dichos gravámenes —y esto es clave— sean compatibles con la afectación o destino público del bien. Tal cosa ocurre, de forma significativa, sobre aquellos bienes demaniales destinados al servicio público que forman parte del llamado demanio “artificial”. De hecho, responde a la lógica natural de las cosas que, por vía de ejemplo, el edificio donde se aloja un Ministerio, un cuartel militar o un mercado de abastos se vean gravados con servidumbres civiles, pues tales bienes no están aislados de su entorno físico, en el que las relaciones de vecindad e interdependencia predial son inevitables.

No parece fuera de lugar pensar que si es admisible la constitución de servidumbres legales de naturaleza civil sobre el dominio público, menos problemático debería ser el establecimiento de servidumbres legales de utilidad pública o administrativas que, sin mermar la afectación, participan de una naturaleza y un régimen jurídico-público armónico con el que caracteriza al bien dominio público “sirviente”. De hecho, tanto la doctrina del Consejo de Estado¹⁸ y la jurisprudencia contencioso-administrativa han admitido expresamente la posibilidad de constituir servidumbres de utilidad pública sobre ciertos bienes demaniales destinados al uso público¹⁹. La cuestión también se ha planteado en países de nuestro entorno, siendo de destacar la tendencia iniciada en el Derecho francés al hilo de recientes reformas legales que han consagrado la posibilidad de constituir servidumbres y otros derechos reales sobre el dominio público cuando su constitución no desvirtúa la afectación y destino de la cosa, lo que ha sido avalado por el Consejo Constitucional francés²⁰.

(18) Dictamen de 17 de febrero de 1966 (exp. 34591), que responde a la cuestión de la naturaleza jurídica de una servidumbre de acueducto en interés particular sobre un camino público de uso vecinal.

(19) SSTs de 17 de diciembre de 1951 (Ar. 2707) y de 2 de junio de 1985 (Ar. 3202).

(20) En este contexto, la teoría general de los derechos reales parece reclamar un nuevo lugar en la dogmática del dominio público que pasa por dulcificar la rigidez del dogma de la extracomercialidad del demanio. Consecuencia que a nuestro juicio no pugna con la literalidad del artículo 132.1 CE, pues el dato de que la regulación del dominio público haya de “inspirarse” en el principio de inalienabilidad no significa que la legislación tenga que extremar al

C) Las servidumbres constituidas *intuitu personae* en favor de un conjunto de usuarios determinado o de la comunidad en su conjunto

Junto a las servidumbres de paso de redes, todavía hay un campo más idóneo para las servidumbres personales en el Derecho Administrativo. De hecho, frente a la excepcionalidad que tienen las servidumbres personales en el Derecho Civil, puede afirmarse –por contraste– que lo característico de estas servidumbres en Derecho Administrativo es que esa naturaleza personal esté referida a una comunidad no personificada o a un conjunto de beneficiarios que por razones de vecindad o de otra índole comparten un mismo interés colectivo en el uso del bien gravado. Con ello, las servidumbres del artículo 531 del CC se tiñen de un carácter *intuitu civitatis* que es expresión de la potencial dimensión comunitaria o colectiva de estos gravámenes.

Esta especial propensión “administrativa” de las servidumbres personales no ha pasado inadvertida para los pocos administrativistas españoles que se han ocupado de delimitar el campo de aplicación de las servidumbres en el Derecho Administrativo²¹. Y es de resaltar que para llegar a esta conclusión la doctrina ha fijado la vista en una categoría del Derecho italiano que permite articular cómodamente estas servidumbres en el seno de la teoría general del Derecho Administrativo de bienes: los *diritti di uso pubblico* a los que, junto a las servidumbres administrativas “prediales”, se refiere el artículo 825 del CC italiano al definir los derechos reales limitados que forman parte del dominio público. A nuestro juicio, estos derechos reales de uso público tienen perfecta cabida en la categoría de las servidumbres administrativas, tanto porque el artículo 531 de CC prevé expresamente (a diferencia del Código Civil italiano) la posibilidad de constituir servidumbres de utilidad pública en beneficio de la comunidad sin necesidad de predio dominante, como porque la nueva LPAP admite la existencia de derechos reales limitados como objeto del dominio público, lo que supone –como hemos visto– aceptar que la afectación demanial puede recaer sobre bienes de propiedad privada sustantivándose en una servidumbre administrativa de uso público.

Por lo que se refiere a las principales manifestaciones de las servidumbres de uso público llama la atención la gran raigambre de la figura en nuestro Derecho histórico, que ofrece muchos ejemplos en la órbita de las vías y caminos. El más significativo es el caso de las vías pecuarias, que fueron definidas como servidumbres legales de paso para ganados por el propio CC; aunque tanto éste como otros ejemplos de servidumbres personales de uso público han sido objeto de paulatino proceso de demanialización que ha motivado un retroceso paralelo a la figura de las servidumbres personales de uso público. Sin embargo, como suele suceder cuando la legislación tiende el manto del dominio público sobre una

máximo las consecuencias de dicho principio, pues la finalidad esencial de la inalienabilidad no es tanto la garantía de un régimen de apropiación como de destino. Desde esta perspectiva, la única limitación dogmática que impediría gravar con servidumbres y otros derechos reales el dominio público es que estos gravámenes fueran incompatibles con la afectación. De no serlo, podrían arbitrase como una especie de afectación secundaria que, aparte de constituir un uso normal del bien, no mermarían la afectación originaria y principal del bien demanial ni contravendrían las exigencias del principio de inalienabilidad entendido como corolario de la afectación, que es la que debe dar la verdadera medida de este principio.

(21) Así lo notó LEGUINA VILLA en su intento de aplicar la figura de la servidumbre de uso público a los enclaves privados bajo la Ley de Costas de 1969, “Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar”, *Revista de Administración Pública*, núm. 65, 1971, págs. 59 y ss. También ESCRIBANO COLLADO se hizo eco de las posibilidades de la categoría a la hora de explicar el uso público que en ocasiones grava a los caminos privados en beneficio de la comunidad, *Las vías urbanas*, Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 241 y ss.

entera categoría de bienes, las excepciones al esquema demanial público no son raras de encontrar. No es de extrañar, por tanto, que en estos sectores demanializados pervivan ocasionalmente servidumbres de uso público que no han sido alcanzadas por la fagocitación que el régimen demanial produce sobre los bienes privados antaño afectos *servitutis causa* a un uso público²². Sin perjuicio de la pervivencia más o menos marginal de la figura en los sectores en los que tuvo implantación en el pasado, hay otros ámbitos donde la misma presta una utilidad principal, siendo paradigmático el caso de los caminos rurales en los que la jurisprudencia ha visto un tipo de bienes singularmente aptos para ser gravados con una servidumbre personal de uso público a favor de los vecinos de la zona²³.

Pero más allá de estas aplicaciones, no cabe duda que las servidumbres personales de utilidad pública tienen su campo de aplicación más arraigado en el urbanismo, donde la legislación ha previsto tradicionalmente que cuando la consecución de un destino público no exija necesariamente la adquisición del bien afectado no hay por qué expropiar la propiedad, siendo suficiente la constitución de una servidumbre que garantice el uso público pretendido sobre el bien en cuestión, lo que no es sino una cabal aplicación del principio general que plasma el artículo 15 de la LEF de limitar la expropiación a lo estrictamente indispensable (en el entendido de que este principio no sólo juega a la hora de delimitar la extensión material de la expropiación, sino también para determinar la intensidad de la misma).

La menguada regulación de la figura en la Ley estatal del Suelo, cuyo artículo 33 se limita a mencionar la posibilidad de imponer servidumbres para conseguir las finalidades urbanísticas previstas en el planeamiento, ha sido ampliamente superada por la legislación autonómica que, de forma muy extendida, tiende a reproducir las previsiones originarias del TRLS de 1976. Bajo este marco legal, la imposición de servidumbres urbanísticas se da en dos supuestos principales. El primero y más destacado es el de las servidumbres que pueden derivar directamente del planeamiento urbanístico o de la delimitación de los ámbitos de actuación que en cada caso establezcan los usos pormenorizados del suelo o la zonificación de detalle, dado que la aprobación definitiva de los planes y de las delimitaciones de ámbitos de gestión gozan de la eficacia inherente de la declaración de utilidad pública a los efectos de la imposición de servidumbres urbanísticas (artículo 33 Ley 6/1998), aplicándoseles la regla general del artículo 10 de la LEF. No se precisa, por lo tanto, una declaración expresa y concreta de utilidad pública en virtud del automatismo con el que la Ley legitima la imposición de dichos gravámenes. Estas servidumbres se establecen directamente siguiendo un procedimiento *ad hoc* que, de no estar previsto en la legislación autonómica, será el del artículo 68 del TRLS de 1976, dado el carácter

(22) Así sucede con ciertos usos públicos que históricamente se han dado en la trashumancia ganadera, y tampoco es difícil encontrar ejemplos al analizar la legislación relativa a otro tipo de vías públicas. Es paradigmática, en este sentido, la legislación sobre el Camino de Santiago, que, tras consagrar su carácter demanial, establece expresamente que sobre los tramos del Camino que estén aún en manos privadas puedan constituirse servidumbres administrativas de paso. Véanse, sobre el particular, nuestros trabajos sobre "Vías pecuarias" en *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, págs. 531 a 588, y "La intervención administrativa sobre las vías pecuarias", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 59, 2005, págs. 25 a 73.

(23) SSTs de 2 de octubre de 1997 (Ar. 7033); de 18 de septiembre de 1997 (Ar. 7205); de 5 de enero de 1988 (Ar. 186); de 13 de junio de 1981 (Ar. 2684); de 11 de enero de 1981 (Ar. 1266); de 5 de enero de 1971 (Ar. 114), y de 10 de diciembre de 1948 (Ar. 1475), entre otras.

supletorio que le confirió la STC 61/1997. En segundo lugar, también es posible establecer servidumbres urbanísticas en el contexto de la llamada liberación expropiatoria. La regulación del procedimiento liberatorio, antes contenida en los artículos 174 a 176 del TRLS de 1992 (declarados inconstitucionales por la STC 61/1997), es hoy estrictamente autonómica. No obstante, las leyes autonómicas siguen recogiendo esta técnica liberatoria como una peculiaridad del sistema de actuación por expropiación en materia urbanística que consiste, como es sabido, en la facultad que tiene la Administración actuante para exonerar o “liberar” de la expropiación a ciertos bienes, a instancias de su propietario, a cambio de la imposición de condiciones y cargas entre las que cabe el establecimiento de servidumbres de uso público sobre la propiedad así liberada.

III. ELEMENTOS COMUNES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS

No parece oportuno abordar esta cuestión final haciendo un apretado inventario de las numerosas particularidades de régimen jurídico que se podrían señalar en relación con cada una de las manifestaciones de las servidumbres administrativas en la legislación sectorial. La heterogeneidad de la figura y la distinta morfología que presenta en sus aplicaciones prácticas predeterminan la escasa utilidad de un esfuerzo de dicha índole, que metodológicamente sólo se justificaría en el estudio de un tipo sectorial. Por ello, a continuación describimos, por vía inductiva, aquellos aspectos del régimen jurídico de las servidumbres administrativas que son comunes a todas sus manifestaciones concretas y que, además, sirven para subrayar la autonomía conceptual de la institución.

A) La competencia para prever la imposición de servidumbres administrativas

Hemos visto que la imposición de servidumbres administrativas sobre la propiedad privada responde inequívocamente a la idea de “privación singular” del artículo 1 de la LEF. En razón de este dato, hay una cuestión previa al título y el modo de constitución de las servidumbres: el régimen de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas para declarar la *causa expropriandi*, puesto que la imposición de servidumbres legales de utilidad pública constituye una específica causa expropiatoria que corresponde definir al legislador sectorial.

**LA RESERVA
CONSTITUCIONAL A FAVOR
DEL ESTADO SOBRE
LA LEGISLACIÓN DE
EXPROPIACIÓN FORZOSA
NO EXCLUYE QUE POR LEY
AUTONÓMICA PUEDAN
ESTABLECERSE LOS CASOS
O SUPUESTOS EN QUE
PROCEDE APLICARLA**

El Tribunal Constitucional ha decantado el sistema de reparto sobre esta materia a lo largo de una línea jurisprudencial constante que la competencia del Estado para establecer la “legislación sobre expropiación forzosa” (ex artículo 149.1.18 CE) pretende garantizar una regulación uniforme para todo el territorio nacional que impida que “los bienes objeto de expropiación puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional y que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio” (STC 37/1987, FJ 6°).

Esta atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre “las garantías expropiatorias de carácter patrimonial y procedimental” ha de compatibilizarse, no obstante, con el reconocimiento a las Comunidades Autónomas de una capacidad para legislar, en el ámbito de las expropiaciones necesarias para actuar sus competencias propias, sobre “aspectos organizativos” e, incluso, sobre ciertas cuestiones de procedimiento que “sean expresión o modulación de las normas procedimentales generales” fijadas por el Estado (STS 164/2001, de 11 de julio, FJ 36°). En relación a este extremo, la STC 37/1987 precisa que “la reserva constitucional a favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiación o los fines de interés público a que aquélla deba servir” (FJ 6°). De modo que, como aclara la STC 61/1997, de 20 de marzo, “cuando el sector de que se trate sea de la exclusiva competencia autonómica, las peculiaridades que merezcan las expropiaciones especiales sólo podrán ser establecidas, en su caso, con un marcado carácter principal o mínimo y en cuanto sean expresión de las garantías procedimentales generales”. Por tanto, la regulación del procedimiento expropiatorio especial “se trata de una competencia adjetiva que sigue a la competencia material o sustantiva, con respeto, claro está, de las normas generales atinentes al procedimiento expropiatorio general que al Estado le corresponde establecer y sin perjuicio también de que no se le puede negar de raíz la posibilidad de fijar alguna norma especial en cuanto expresión o modulación de las normas procedimentales generales” (FJ 31°).

En este orden de consideraciones, ha de precisarse que la competencia estatal sobre “legislación de expropiación forzosa” ampara la posibilidad de designar o seleccionar la técnica jurídica de la servidumbre administrativa como norma procedimental expropiatoria general que puede caracterizar un determinado tipo de actuación pública sobre la propiedad privada, en la medida en que tal cosa pueda ser requerida para garantizar un trato uniforme a todos los ciudadanos en virtud de la cláusula contenida en el artículo 149.1.1° CE, ya que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, este precepto autoriza al Estado para regular las condiciones básicas que garanticen una igualdad de todos los españoles en el ejercicio —entre otros— del derecho de propiedad, “lo que puede expresarse, por ejemplo, en la fijación de ciertas limitaciones y servidumbres a fin de evitar una proyección desigual sobre las facultades de los propietarios según las diversas situaciones de los terrenos e inmuebles de su propiedad”. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha declarado que la designación de las servidumbres como técnica de intervención sobre la propiedad privada encuentra respaldo adicional en la competencia estatal sobre la legislación procesal y civil a las que se refiere el artículo 149.1.6° y 8° de la CE.

B) Modos de constitución y especialidades del título

En materia de servidumbres legales se hace evidente la diferencia entre las nociones de fuente y título: el título jurídico de las servidumbres administrativas no es la Ley que las prevé sino el acto que consagra la privación parcial del dominio para extraer de él un uso o una utilidad pública.

Aunque sea lo habitual, la imposición de servidumbres por causa de utilidad pública no ha de seguir necesariamente el procedimiento expropiatorio general de la LEF. Como antes señalábamos, el “carácter” expropiatorio de las servidumbres administrativas –al menos en un sentido material– no obsta para que su constitución y otros aspectos de su régimen jurídico (normas de valoración, tráfico jurídico, protección y modos de extinción) se rijan eventualmente por las especialidades que a tal efecto prevea la Ley sectorial que las contempla. Ésta es la previsión del artículo 2 del REF, según el cual, las expropiaciones de facultades parciales del dominio autorizadas por normas con rango de Ley que no estén reguladas por los Títulos III (expropiaciones especiales) o IV (indemnizaciones por ocupación temporal y otros daños) de la LEF, se registrarán: en primer término, por lo que prevean sus disposiciones especiales en cuanto a su extensión, procedimiento y, en su caso, normas de valoración; y, subsidiariamente, por las disposiciones generales de la LEF y de su Reglamento. Todo ello sin perjuicio de la preceptiva aplicación, en cualquier caso, de las previsiones que dichas normas contemplan en relación a cuatro aspectos que son indisponibles para el legislador sectorial: garantías jurisdiccionales, intervención del Jurado de expropiación, responsabilidad por demora y reversión.

Dicho esto, importa destacar que las especialidades introducidas por el legislador sectorial en materia de imposición de servidumbres administrativas son por lo general escasas, limitándose a prever –todo lo más y según qué casos– algunos aspectos procedimentales de segundo orden, a establecer la participación de algún órgano administrativo especializado y a fijar los criterios de valoración. En consecuencia, puede afirmarse la remisión por vía subsidiaria al procedimiento general de la Ley expropiatoria que opera con total normalidad para completar estas precisiones sectoriales.

Consignado que el título normal de constitución de las servidumbres administrativas es el acto expropiatorio unilateral de imposición del gravamen debemos cuestionarnos si son posibles algunas excepciones a esta vía de constitución; y, más concretamente, si cabe su constitución en virtud de título paccionado y si la prescripción es un modo adquisitivo de las servidumbres públicas.

En primer lugar, la posibilidad de admitir la constitución paccionada de servidumbres administrativas implica reconocer previamente que el objeto de una servidumbre legal de utilidad pública puede ser también el de una servidumbre voluntaria. En este sentido, la doctrina civil estima de forma generalizada que el objeto de cualquier servidumbre legal puede ser perfectamente convenido por las partes constituyendo una servidumbre voluntaria que se anticipa, así, a la posibilidad de su constitución forzosa²⁴. Creemos, además, que la conjunción de las posibilidades que brindan las formas de terminación conven-

(24) Vid., por todos, ROCA JUAN, J. y AMORÓS GUARDIOLA, M., *op. cit.*, págs. 113 y 114.

cional de los procedimientos administrativos (artículo 88.1 LRJPAC) con el principio de libertad de pactos de los artículos 4 del TRLCAP y 111 de la LPAP y la amplia definición del objeto de los contratos administrativos y de la constitución de gravámenes sobre bienes patrimoniales permite sostener que el título de una servidumbre administrativa puede ser un contrato o un convenio administrativo. Si la constitución del gravamen fuera el objeto “directo” o principal del mismo estaríamos ante un contrato “atípico” de los previstos en el artículo 5.2.b) del TRLCAP. Aunque también es posible que la previsión del gravamen se estipule en el marco de un “convenio de colaboración” a los que se refiere el artículo 3.d) del TRLCAP, aludiendo a una fórmula que cuenta con una tradición muy arraigada en los campos de la expropiación y del urbanismo, estrechamente ligados entre sí en este aspecto. Y ello sin olvidar la naturaleza convencional o paccionada que tiene el mutuo acuerdo expropiatorio al que se refiere el artículo 24 de la LEF. Junto a las posibilidades que acaban de apuntarse, también cabe pensar finalmente en que la constitución de la servidumbre fuera estipulada como un contenido accesorio del pliego de cláusulas de administrativas de alguno de los contratos “típicos” del artículo 5.1.a) que tengan por objeto directo, conjunta o separadamente, la ejecución de obras o la gestión de servicios públicos.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la usucapión, expresamente admitida por el CC para la adquisición de servidumbres, entendemos que su cabida en el ámbito de las administrativas es más restringida. En nuestra opinión no es posible admitir la usucapión en relación a las servidumbres de utilidad pública para cuyo establecimiento se requiera una ocupación permanente de los terrenos o la ubicación de soportes o instalaciones fijas. La razón es que una ocupación tal –no constituida *ex profeso* en virtud de título traditivo– sobre la que quisiera reivindicarse un derecho amparado en la posesión en el tiempo constituiría en su origen, lisa y llanamente, una vía de hecho expropiatoria nula de pleno derecho; con lo cual, la inmensa mayoría de las servidumbres que hemos calificado de prediales o demaniales y todas las servidumbres para el paso de redes o intuitu *servicii* tienen proscrita la adquisición por usucapión porque su propia naturaleza intrínseca demanda un acto expreso de imposición del gravamen. Sin embargo, en el caso de las servidumbres personales de uso público o intuitu *cives* sí podría admitirse un modo adquisitivo por prescripción. Se trata de una posibilidad comúnmente reconocida por la jurisprudencia y la doctrina italiana en relación a los *diritti di uso pubblico*; figura asimilable en nuestro ordenamiento –como vimos– a las mencionadas servidumbres intuitu *cives*. Así, el uso público comunal o vecinal de un bien privado (por ejemplo, un camino rural, una vía urbana o un pasaje) ejercido a lo largo de veinte años o más (regiría aquí, supletoriamente, el plazo veintenal del artículo 537 del CC) podría considerarse un modo constitutivo bastante para que la Administración asumiera la tutela pública de dicho uso frente a actos obstativos del propietario del predio sirviente.

C) Valoración de las servidumbres: aplicación del principio de proporcionalidad en razón de la cuota ideal extraída al derecho de propiedad

La valoración de las servidumbres administrativas es una cuestión que en principio corresponde fijar al legislador sectorial en virtud de la remisión que consagra la legislación

expropiatoria (artículo 2 del REF). No obstante, son raros los supuestos en los que el legislador sectorial prevé criterios específicos de valoración para las servidumbres; hasta el punto de que, salvando la importante excepción de la valoración de las servidumbres urbanísticas allí donde el legislador autonómico ha plasmado el criterio tradicional en la materia, es completamente usual que la legislación sectorial se remita a los criterios generales de valoración de la LEF. Pero el problema es que la LEF no contiene reglas de valoración específicas para el caso de expropiación parcial consistente en la imposición de servidumbres, aunque sí contempla el supuesto asimilable de valoración de los derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles (artículo 42). Sin embargo, se trata de una previsión vacía de contenido, que se limita a remitirse a lo que disponga la legislación fiscal, al igual que al final hace, por su parte, el artículo 32.1 de la Ley 6/1998, del Suelo, al referirse a la valoración de derechos reales sobre inmuebles. Tampoco el CC (subsidiariamente aplicable) arroja luz sobre esta cuestión.

Pese a esta indefinición legal, creemos que puede formularse un principio valorativo aplicable con carácter general a todos los supuestos de constitución de servidumbres administrativas: la valoración de las mismas ha de atribuir al propietario del fundo sirviente un valor proporcional a la cuota ideal extraída al derecho de propiedad por la pérdida del uso exclusivo. Éste es el principio que inspira el método seguido por los Tribunales para calcular la indemnización por la constitución de servidumbres administrativas, y que consiste en aplicar un porcentaje sobre el valor que obtendría el bien en caso de expropiación total. Dicho porcentaje se determina en función de múltiples variables, como el tipo de suelo afectado, la clase de servidumbre de que se trate, la intensidad del uso que represente el gravamen, la necesidad de ocupar permanentemente o no parte del terreno para establecer instalaciones o elementos de sustentación, las posibilidades de uso resultantes para el propietario, etc.; circunstancias todas ellas que aluden en definitiva al distinto impacto que las servidumbres pueden ocasionar sobre el derecho de propiedad y que obligan a aplicar con diferente alcance el referido criterio de valoración proporcional al valor total. En función de estas circunstancias y del sector contemplado, el análisis de la jurisprudencia arroja un variado cuadro que comprende valores muy cercanos al valor total del bien sirviente (cuando el contenido de la servidumbre es tan intenso que deja prácticamente vacío el derecho de propiedad), junto a supuestos en los que el porcentaje aplicado

**EL TÍTULO JURÍDICO
DE LAS SERVIDUMBRES
ADMINISTRATIVAS NO ES
LA LEY QUE LAS PREVÉ
SINO EL ACTO QUE
CONSAGRA LA PRIVACIÓN
PARCIAL DEL DOMINIO
PARA EXTRAER
DE ÉL UN USO O UNA
UTILIDAD PÚBLICA**

se aleja de dicho valor, pasando por otros en los que la regla general es justipreciar la imposición de gravamen al cincuenta por ciento.

Al margen de la valoración del derecho real de uso en que consiste la servidumbre y sus eventuales facultades accesorias, la jurisprudencia también reconoce en ocasiones otras partidas adicionales del justiprecio en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados al predio sirviente; así como la procedencia de aplicar a la valoración del derecho limitado de servidumbre el incremento del cinco por ciento correspondiente al premio de afección, aunque esto último parece discutible a la luz de la limitación que en este sentido hace el artículo 47 *in fine* del REF, que niega tal premio cuando el propietario expropiado conserva el uso y disfrute de los bienes o derechos expropiados.

D) La protección de las servidumbres administrativas: potestades derivadas de la tutela demanial y posibilidades de inscripción registral

Hemos visto que la nota diferencial que verdaderamente marca la autonomía institucional de las servidumbres administrativas es su consideración como derechos reales de naturaleza demanial que irradian sobre la propiedad el régimen jurídico que caracteriza al dominio público. Así, la verdadera “administrativización” del régimen jurídico de las servidumbres administrativas radica en que éstas se benefician del régimen de protección exorbitante de los bienes que integran el dominio público, de modo que serían íntegramente aplicables a estos gravámenes el conjunto de potestades que conforman la tutela demanial²⁵: típicamente, a) las prerrogativas de investigación y deslinde dirigidas a declarar el alcance de la titularidad y el estado posesorio; b) la autotutela posesoria ordenada a conservar la integridad del demanio, consistente en la recuperación de oficio y el desahucio administrativo; c) la persecución de oficio y sanción administrativa de los actos de perturbación, así como la potestad de exigir la reposición de la realidad física alterada y el resarcimiento de daños; d) la ejecución forzosa de estas decisiones, y e) los efectos de la inembargabilidad y de la imprescriptibilidad.

La aplicabilidad de alguno de estos privilegios y potestades a las servidumbres administrativas ha sido expresamente admitida por la jurisprudencia que, en particular, ha declarado reiteradamente que la recuperación de oficio de estas situaciones reales frente a ocupaciones indebidas o inquietaciones por parte del propietario sirviente o de terceros puede ejercerse por la Administración por el procedimiento de *interdictum proprio* que permite el reintegro posesorio de los bienes demaniales²⁶.

Junto a ello, las servidumbres administrativas se benefician también de la tutela registral, toda vez que ha quedado superada la antigua polémica suscitada al hilo de artículo 5.3 del Reglamento Hipotecario (que exceptuaba de inscripción “las servidumbres impuestas

(25) Véanse, con carácter general, nuestro trabajo sobre las “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos, Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Thomson-Civitas, 2004, págs. 323 a 369.

(26) SSTs de 5 de enero de 1971 (Ar. 114), de 11 de marzo de 1981 (Ar. 1266), de 13 de junio de 1981 (Ar. 2684), de 28 de octubre de 1981 (Ar. 4703) y de 26 de mayo de 1000 (Ar. 4887).

por la Ley que tengan por objeto la utilidad pública o comunal”), inspirado en el mismo criterio que impedía el acceso de los bienes demaniales al Registro de la Propiedad dada la “ostensibilidad” de los mismos. Sin embargo, la hostilidad del Registro de la Propiedad frente a las servidumbres administrativas y, en general, a los bienes y derechos que integran el dominio público se ha ido suavizando paulatinamente hasta el punto de llegar a desaparecer. Primero por la redacción que le dio a los artículos 4 y 5 del Reglamento hipotecario el RD 1876/1998, de 4 de septiembre, habilitando el acceso de los bienes demaniales al Registro “conforme a su legislación especial”; y, más recientemente, porque el artículo 36.1 de la LPAP no sólo faculta sino que obliga a las Administraciones Públicas a inscribir en dicho Registro “los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales”.

E) Modos de extinción: en especial, la desafectación y la aplicabilidad de la reversión expropiatoria

Dado que las leyes sectoriales que contemplan el establecimiento de servidumbres administrativas no prevén modos especiales de extinción, algunos autores han sostenido que los modos generales que establece el artículo 546 del CC para las servidumbres serían supletoriamente aplicables a las de utilidad pública o administrativas²⁷. A nuestro juicio, esta afirmación debe ser matizada, pues las especialidades de las formas de extinción de las servidumbres administrativas respecto de las civiles son notables, al tiempo que las primeras tienen modos de extinción específicos que derivan de su naturaleza administrativa que no caben en las servidumbres civiles.

Así, aunque pueda sostenerse que algunos de los modos civiles de extinción son supletoriamente aplicables a las servidumbres administrativas (por ejemplo, la consolidación o confusión de propiedades y, eventualmente, la redención e incluso el término o condición) hay otros que no lo son en ningún caso porque no pueden conciliarse con la naturaleza, contenido y fin de las servidumbres administrativas. En este sentido, entendemos que el carácter público de estas servidumbres determina que no quepa la renuncia de la Administración al gravamen, y que tampoco sea aplicable la prescripción extintiva por desuso de más de veinte años (reflejo de un principio de imprescriptibilidad del dominio público que cuenta con el refrendo legal expreso del artículo 21.1 *in fine* de la Ley de Costas, según el cual “las servidumbres serán imprescriptibles en todo caso”), como ha sido reconocido por la jurisprudencia²⁸.

Junto a las especialidades que las servidumbres administrativas presentan respecto del Derecho civil, existen otros modos de extinción propiamente administrativos que están ligados a la desaparición de la *causa servitutis* y que, sin perjuicio de la vigencia del principio de imprescriptibilidad de las servidumbres que hemos enunciado (más bien como consecuencia de dicho principio), representarían en Derecho Administrativo los modos extintivos por desuso o desaparición del destino público que se asocian a la aplicación de uno de estos dos mecanismos: la desafectación demanial y la reversión expropiatoria.

(27) Así lo hacen, GÓMEZ CALERO, J., “La servidumbre de paso de energía eléctrica”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*, Tomo 223, 1967, págs. 902 y ss. y COLOM PIAZUELO, E., *La expropiación forzosa en el sector eléctrico*, Cedecs, Barcelona, 1988, págs. 278 y ss.

(28) SSTS de 5 de enero de 1971 (Ar. 114) y de 18 de septiembre de 1997 (Ar. 7205).

Por lo que respecta al primero de ellos, no creemos que la desafectación de servidumbres esté constreñida a la posibilidad apuntada por GONZÁLEZ PÉREZ que la limita a ser una consecuencia de la desafectación de un predio demanial dominante²⁹. La desafectación tiene un mayor juego en materia de servidumbres administrativas, pues aquélla no es un mero supuesto asociado a la desaparición de la cosa sino una consecuencia de la desaparición de la causa. Por consiguiente, creemos que si al igual que los bienes demaniales las servidumbres son derechos reales afectos y destinados a un concreto uso o utilidad pública, la desaparición de la *causa servitutis* es un modo extintivo general de las servidumbres que requiere expediente de desafectación expreso que se regiría por las normas generales de regulan la desafectación de los bienes y derechos demaniales (artículo 69 LPAP).

Finalmente, cabe añadir que las servidumbres administrativas constituidas por expropiación están sujetas a esa especie de condición resolutoria que representa la reversión expropiatoria, que también sería así presupuesto de un modo extintivo especial por desuso o desaparición de la causa. Ciertamente, aunque la literalidad del artículo 54 de la LEF parecía circunscribir la reversión al caso de expropiación de “bienes”, la redacción que a dicho precepto le dio la Ley de Ordenación de la Edificación contempla expresamente la reversión cuando se produce la desafectación tanto de los bienes como de los derechos expropiados, por lo que dicha técnica es plenamente aplicable a los derechos reales limitados *in re aliena* constitutivos de servidumbres administrativas.

(29) Los derechos reales..., *op. cit.*, pág. 71.

Consideraciones sobre el acceso de los bienes públicos al Registro de la Propiedad

PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ

Profesora Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Vigo

Resumen

CONSIDERACIONES SOBRE EL ACCESO DE LOS BIENES PÚBLICOS AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El presente estudio aborda las peculiaridades relativas a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los distintos tipos de bienes cuya titularidad corresponde a las Administraciones Públicas. Analiza brevemente las vicisitudes normativas por las que esta posibilidad ha pasado identificando las causas que en cada

momento condicionaron las soluciones normativas ensayadas al respecto y acomete un análisis crítico del régimen actualmente previsto para la misma en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

Abstract

CONSIDERATIONS ABOUT THE ACCESS OF THE PUBLIC POSSESSIONS TO THE PROPERTY REGISTRY

The present study undertakes the peculiarities of the inscription in the Property Registry of the different types of possessions whose ownership corresponds to the Public Administrations. It analyzes briefly the normative vicissitudes for that this possibility has gone through

identifying the causes that in each moment conditioned the normative solutions tested in that way and it undertakes a critical analysis of the regime actually foreseen for it in the Law 33/2003, of November 3, of the Patrimony of the Public Administrations (LPAP).

Sumario:

I. Introducción. Sobre los distintos tipos de Registros y la constancia en ellos de bienes públicos. II. Historia de una superación: de posible a prohibida y al final obligatoria inscripción de los bienes demaniales en el Registro de la Propiedad. III. Alcance positivo y negativo de la obligación de inscribir bienes públicos en el Registro de la Propiedad y sujetos vinculados por ella. Breve exégesis del artículo 36 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. A) Alcance positivo de la obligación de inscribir. B) La excepción a la exigencia general. C) Sujetos vinculados por la obligación de inscribir y órganos competentes para ello. IV. Acerca de los títulos que amparan la inscripción de bienes públicos en el Registro de la Propiedad. V. Examen de las previsiones sobre “Títulos inscribibles” contenidas en el artículo 37 de la LPAP. A) Las disposiciones administrativas como títulos válidos para amparar una inscripción registral. B) Las certificaciones administrativas libradas por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los bienes cuya inscripción se pretende. C) Las certificaciones administrativas expedidas por el órgano competente para llevar a cabo la cancelación y rectificación registrales. D) Otros supuestos de títulos inscribibles previstos en la LPAP. VI. Una valoración final.

I. INTRODUCCIÓN. SOBRE LOS DISTINTOS TIPOS DE REGISTROS Y LA CONSTANCIA EN ELLOS DE BIENES PÚBLICOS

En un Estado de Derecho, la seguridad jurídica es uno de los principios encumbrados a la categoría de esenciales, hasta el punto de convertirse en una de sus notas definitorias. La Constitución española de 1978 se refiere al mismo, proclamándolo en el artículo 9. En este precepto tienen cabida la totalidad de implicaciones que dicho principio encierra¹. Esto es, la seguridad jurídica, referida, en general, al ordenamiento jurídico y entendida como la elaboración de leyes claras y duraderas y, en segundo lugar –aunque derivada de esta primera concepción– la seguridad jurídica, entendida, en particular, como la confianza depositada por los ciudadanos en que los negocios jurídicos que celebren resulten estables e inmunes a la arbitrariedad y a las alteraciones unilaterales que no deriven de la procura del interés general². Al igual que sucede en otros ámbitos, también en el plano

(1) Cfr. PAU PEDRÓN, A., *Elementos de Derecho hipotecario*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pág. 13.

(2) La invocación de la seguridad jurídica propicia el esclarecimiento de la concepción que sobre la misma mantiene el TC, que al interpretarlo, cierto que en relación con cuestiones ajenas a la que ahora nos interesa pero respecto a las que admite un trasvase, ha dejado sentado su enorme importancia. Ahora bien, admite que por importante que sea, no estamos ante un principio absoluto. En esta línea la STC 150/1990, de 4 de octubre, destaca en su FJ 8º que la seguridad jurídica “aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto (...), sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legalidad vigente”. Más abierta es la doctrina sentada en la STC 182/1997, de 28 de octubre,

del Derecho, la apuesta tanto por el conocimiento, como por la transparencia y la información, de la que es muestra la publicidad a la que nos referiremos, se convierte en una de las mejores medicinas para luchar contra la inseguridad, y, consecuentemente, se alza en firme baluarte de la estabilidad social.

En esta línea, toda dimensión que en Derecho sea inherente a la idea de “publicidad” puede considerarse uno de los eslabones engarzados a la cadena de respuestas ensayadas en orden a procurar un nivel mínimo de seguridad jurídica, una de cuyas manifestaciones es la llamada publicidad registral³.

Ahora bien, aunque la multiplicidad de Registros que en Derecho existen cumplen, en mayor o menor medida, una función principal de publicidad, ésta, sin embargo, adquiere un cariz distinto dependiendo de la finalidad esencial que satisface cada uno. De tal suerte que la trascendencia de la publicidad que siempre llevan aparejada varía dependiendo de si estamos ante los llamados “Registros jurídicos o de situaciones jurídicas” o ante “Registros administrativos”, también conocidos como de información administrativa.

La importancia capital de los primeros radica en los efectos que despliegan en las relaciones que en el tráfico jurídico entablan entre sí, sobre todo, los particulares; en las consecuencias que se derivan de la constancia o no en ellos de ciertos datos en el ámbito del reconocimiento de derechos subjetivos de cara a lograr la máxima certidumbre para los negocios a los que atañan. Por su parte, con la implementación de registros administrativos se pretende, primordialmente, dotar a las Administraciones Públicas de la información que les facilite el

EN ESPAÑA, EL PARADIGMA DE “REGISTRO DE SITUACIONES JURÍDICAS O EFECTOS JURÍDICOS” ES EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

FJ 15º, en la que el Intérprete constitucional reconoce que “(...) sólo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio de seguridad jurídica”.

(3) Cfr. PAU PEDRÓN, A., *Elementos (...)*, op. cit., págs. 30 y 31, quien pone de relieve cómo la evolución de la publicidad tiene una explicación sociológica. De hecho, a medida que se incrementa la complejidad de las sociedades y, por tanto, de las relaciones que en ellas se generan, se agudiza la sensación de necesitar instrumentos adecuados y adaptados para velar por un nivel óptimo de seguridad en el tráfico jurídico. El autor citado da cuenta brevemente del tránsito entre distintas formas de canalizar la publicidad de ciertas cuestiones a medida que se complica la organización social. Así habla del paso de la publicidad negocial, característica de la antigüedad en la que resultaba suficiente para que fuesen conocidas las nuevas situaciones jurídicas con que el negocio jurídico revistiese determinadas solemnidades externas. Así sucedía en el Derecho romano con la *mancipatio*, la *in iure cesio* o la *adiudicatio*. De este tipo de publicidad se pasa, ya en la Edad Media, a la Publicidad edictal, es decir, se generaliza la publicidad mediante edictos o proclamas, concebidos a modo de avisos expuestos en lugares públicos o pregones dirigidos a toda la población. El tránsito siguiente se produce con la aparición en los comienzos de la Edad Moderna de la publicidad registral, siendo que el antecedente del moderno Registro de la Propiedad –primer antecedente con continuidad hasta nuestros días– hay que situarlo en Alemania, Munich, en 1484. En España, muy resumidamente, se inicia bastante más tarde esta fase con la promulgación de la Real Pragmática de 1759, que crea el libro de censos, tributos e hipotecas, y continúa con la Real Pragmática de 1768, que instaura la Contaduría de hipotecas. En la segunda mitad del siglo XIX se dicta la Ley hipotecaria española de 1861. Sobre los antecedentes históricos generales de la publicidad registral, cfr. GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Civitas, Madrid, 1988, vol. I, en especial págs. 139 y ss.

más eficaz desarrollo de sus funciones⁴. En suma, el objetivo principal de los primeros, radica en garantizar una publicidad con efecto jurídico de amparo o protección de derechos, mientras que los segundos, inicialmente, buscan alcanzar una publicidad con efecto noticia⁵.

En cualquier caso, la puntualización efectuada, si útil, no debe llevarse a un extremo que conduzca a la confusión de negar que, en última instancia, todos los registros sean, a la vez, jurídicos y administrativos⁶. De una parte, porque todos están regulados por normas jurídicas y el contenido que en ellos figura produce efectos jurídicos y, de otra, porque todos se enmarcan en el ámbito de la Administración aunque, eso sí, ofrezcan caracteres peculiares y se encuentren en un ámbito organizativo y funcional distinto.

En realidad, la distinción está realizada desde una óptica finalística que realza una diferencia a resultas de la cual cabe estructurar en dos bloques los Registros públicos previstos en Derecho. De tal suerte que en un caso, el de los Registros administrativos, nos encontramos primordialmente con un elemento organizativo *ad intra* de la Administración, mientras que en el otro, el de los Registros de seguridad jurídica, se trata de un remedio para fortalecer al máximo el respeto de los derechos subjetivos derivados de las relaciones que entablan, sobre todo, los particulares. Para ello, el Estado instaura un sistema de protección inspirado por unos principios fuertes que garantizan un notable grado de seguridad jurídica. Por ejemplo, delega su llevanza no en funcionarios burócratas, sino en personas independientes que cumplen de una manera privada esa función pública: los Registradores de la Propiedad en el caso que nos concierne, lo que redundará en una mayor imparcialidad pues, en ocasiones, como veremos, puede tener intereses implicados el propio Estado.

En España, el paradigma de “registro de situaciones jurídicas o efectos jurídicos” es el Registro de la Propiedad. Precisamente en torno al mismo se ha elaborado toda la doctrina de la publicidad material. La inscripción de otros bienes o derechos patrimoniales pero que no entran dentro de la categoría de derechos reales inmuebles, se produce en otros Registros. Así, la de ciertos tipos de bienes muebles y determinados actos relativos a los mismos, en el Registro de Bienes Muebles; la de las acciones o títulos mobiliarios, en el Registro Mercantil; la de los derechos relativos a la propiedad industrial, en la Oficina Española de Patentes y Marcas; o las atinentes a la propiedad intelectual en el Registro de la Propiedad Intelectual. Como Registro jurídico no puede dejar de mencionarse el Registro Civil, en el que tienen entrada los hechos y actos que constituyen, alteren o modifiquen

(4) Cfr. GARCÍA-VALDECASAS ALEX, F.J., “Registradores de la propiedad y seguridad jurídica: de la calificación al dictamen de conciliación sobre condiciones generales”, RCDI, núm. 680, 2003, pág. 3172. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Aproximación al Derecho registral mercantil”, Cuadernos Notariales, núm. 5, Madrid, 1997, págs. 7 y ss.

(5) De ahí que los registros de seguridad jurídica sean necesariamente públicos, siendo la publicidad y la cognoscibilidad de su contenido su esencia misma. Por su parte, la característica fundamental de los registros administrativos, no necesariamente públicos, es la de cumplir un objetivo básico de archivo de datos por lo que la accesibilidad a ellos no es idéntica a la de los anteriores. Es ya un clásico el trabajo de MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 1993.

(6) Cfr. PAU PEDRÓN, A., *Elementos (...)*, op. cit., pág. 16.

el estado civil y capacidad de las personas, por lo que su finalidad es más bien la de preconstituir una prueba de esos datos en interés del propio interesado.

A su vez, como Registros típicamente administrativos deviene imprescindible mencionar el de Montes⁷, el de aprovechamiento de Aguas públicas⁸, el Registro municipal de solares y terrenos sin urbanizar⁹ o los Registros oficiales de empresas clasificadas, en el marco de la contratación pública¹⁰.

Partiendo de un concepto amplio de bienes públicos¹¹, puede señalarse que su relación con los Registros, en general, es fecunda, pues no son escasas las normas que imponen o permiten que dichos bienes tengan acceso a estos instrumentos de publicidad jurídica.

Habiendo sentado estas breves observaciones de orden preliminar y clarificante, el grueso del presente trabajo lo ocupará el estudio de algunas de las singularidades que presenta el acceso de bienes públicos en un Registro concreto: el Registro de la Propiedad, cuya naturaleza viene determinada por la actividad que se le atribuye, que no es otra que el ejercicio de la función registral relativa a la titularidad sobre inmuebles o derechos reales existentes sobre inmuebles¹².

Quedará patente que todos los bienes públicos que cumplan la premisa de tener atribuida naturaleza inmueble han de constar inscritos en el mismo a favor de la Administración oportuna. No obstante, aunque es ésta una conclusión evidente a la luz de la regulación vigente, no lo fue así hasta hace bien poco tiempo, al menos, plenamente, en lo que hace a una significativa parte de los bienes públicos: los demaniales. Por la enorme trascendencia que tuvo la forma en que se sembró la polémica acerca de si debía reconocérseles o

(7) Artículo 16 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

(8) El artículo 80 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, establece que los Organismos de Cuenca llevarán un Registro de Aguas, de carácter público, en el que se inscribirán de oficio las concesiones de agua, así como los cambios autorizados que se produzcan en su titularidad o en sus características.

(9) Previsto por vez primera en la Ley estatal del suelo de 12 de mayo de 1956. Aunque actualmente a partir de la STC de 61/1997, hay que estar a lo dispuesto en las legislaciones urbanísticas autonómicas. En todo caso, no se olvide, como supletoria, la regulación sobre estos registros prevista en los artículos 154 y siguientes de la Ley estatal del Suelo de 1976.

(10) Registro que, en el caso del Estado, está previsto en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Adviértase que éste es el único Registro de entre los mencionados, en el que no son bienes lo que se inscriben.

(11) No olvidemos que la categoría global: “bienes públicos”, está integrada por una variedad ciertamente diversa de realidades, no necesariamente materiales, cuyo denominador común radica en el aspecto subjetivo: son todos de titularidad de un ente público. Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., “Los bienes públicos en general”, en *Los bienes públicos. Régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 19. Los bienes pertenecientes a las personas públicas suelen dividirse en bienes de dominio público –sujetos a un régimen exorbitante de Derecho público– y bienes patrimoniales –sometidos a un régimen de Derecho privado con algunas prerrogativas–. Junto a ellos suelen citarse los bienes del Patrimonio Nacional y los comunales. Sin embargo, actualmente la configuración de estas dos últimas categorías se ha aproximado, hasta el punto casi de equipararse, a la de los bienes demaniales. Por ello, aunque atendiendo a otros aspectos sería interesante precisar más la distinción, a los efectos de abordar la inscripción de todos estos bienes en el Registro de la Propiedad, no plantea inconveniente que las referencias contenidas en este trabajo se hagan partiendo de la división entre bienes demaniales y patrimoniales. En todo caso, quede indicado, que el artículo 6.2 de la Ley reguladora de los bienes que integran el Patrimonio Nacional exige su inscripción en Registro de la Propiedad y que existen trabajos que abordan conjuntamente el ingreso en el mismo de bienes demaniales y comunales. Cfr. DÍAZ FRAILE, J.M., “La relación de los bienes comunales y de dominio público con el Registro de la Propiedad”, en *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, págs. 599-626.

(12) Cfr. BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, págs. 484-489.

no acceso al Registro de la Propiedad, por la forma en que se produjo la interpretación según la cual estaba prohibida que figurasen en el mismo, así como por el peso de las enseñanzas que cumple extraer de las consecuencias que dicha situación deparó, y que fueron las que indujeron a la legislación actual a imponer como obligatoria su inscripción, consideramos relevante repasar ciertos datos históricos.

II. HISTORIA DE UNA SUPERACIÓN: DE POSIBLE A PROHIBIDA Y AL FINAL OBLIGATORIA INSCRIPCIÓN DE LOS BIENES DEMANIALES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

No suscitó el asombro doctrinal que, puesto que el Registro de la Propiedad surge como respuesta a la necesidad de dotar de una seguridad al tráfico jurídico inmobiliario auspiciado por el incremento progresivo de las relaciones entre particulares, la primera Ley hipotecaria española, la Ley de 8 de febrero de 1861, omitiese cualquier pronunciamiento acerca de si los bienes públicos de homóloga naturaleza podían o debían acogerse a la inmatriculación en sus asientos. Llega a la conclusión PAREJO GAMIR¹³, —quien ha dedicado un magistral trabajo monográfico al estudio de este tema—, de que fue la propia Administración la que pronto tomó conciencia de la trascendencia que, desde la óptica proteccionista, podía representar la inscripción de sus bienes en dicho Registro. De ahí que a través de disposiciones administrativas dictadas en paralelo a la legislación hipotecaria, como la Orden de 1 de febrero de 1863 o el Real Decreto de 19 de junio de ese mismo año, comenzase a declarar, en general y sin acometer distinciones en cuanto a categorías de bienes, la obligación de inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes y derechos de titularidad del Estado y de las Corporaciones. No obstante, fue también la que abrió la espita a las vacilaciones al respecto al promulgar la Real Orden de 20 de junio de 1863. En ella, tras reincidir en la regla obligatoria de las anteriores, incluyó una importante salvedad al exceptuar de la misma la inscripción de: “las cosas de uso público, cuyo dominio eminente pertenezca al Estado, como las riberas del mar, los ríos, las calles y las plazas, los caminos públicos y las carreteras generales, los ejidos y las servidumbres públicas”. Excepción luego reiterada en los Reales Decretos de 6 de noviembre de 1863 y de 11 de noviembre de 1864 y que, pese a tener un origen puntual referido a los bienes de dominio eminente o inequívocamente público, veremos que terminó extendiéndose, sin distinción, a todos los bienes demaniales¹⁴.

La lógica acogida en las disposiciones inmediatamente mencionadas fue la siguiente: establecer como regla general la obligación de inscribir todos los bienes públicos y exceptuar —que no prohibir— la de todos aquellos bienes cuyo dominio eminente fuera del Estado y estuviesen destinados a un uso común y general, como ocurría con los que esas mismas normas enumeraban a modo de ejemplo. En el fondo, consideraba la Administración que tales bienes en la ostensibilidad de su uso “llevaban impresos el sello de su

(13) Cfr. PAREJO GAMIR, R., *Protección registral y dominio público*, Edersa, Madrid, 1975, págs. 28 y ss. Del mismo autor destaca, asimismo, su trabajo *Cuestiones hipotecarias de Derecho administrativo*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2002, que se refiere al punto que tratamos en las págs. 43 y ss.

(14) Cfr. VILLALBA PÉREZ, F., “Protección y defensa del patrimonio de las Administraciones públicas: inventario patrimonial e inscripción registral de los bienes públicos”, en *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2004, pág. 423.

carácter público”¹⁵, y que, por ello, no precisarían la protección que ofrece la inscripción en el Registro de la Propiedad¹⁶. El tiempo demostraría lo errado de la previsión. En todo caso, adviértase que no se vedaba el acceso de todas las realidades en esta situación al Registro de la Propiedad, sino que se las eximía de la obligación de solicitarla sobre la base de la propia naturaleza del demanio. Más aún, esta exención, incluso, llegó a considerarse una prerrogativa o privilegio más de entre el elenco de los que rodean esta institución¹⁷, ajena a los bienes patrimoniales cuyo acceso al Registro de la Propiedad siempre estuvo fuera de duda¹⁸.

Sin embargo, fue al integrar las determinaciones administrativas atinentes a esta materia en el marco de las netamente hipotecarias cuando la exoneración apuntada, por un lamentable error interpretativo¹⁹, se tradujo en el articulado en una proscripción para inmatricular en el Registro de la Propiedad bienes demaniales. Será en el Reglamento de 6 de agosto de 1915, dictado en desarrollo de la Ley de 16 de diciembre de 1909 en la que se contiene el resultado de la segunda gran reforma habida en la Ley hipotecaria de 1861, donde se sanciona esta medida²⁰. El artículo 12 de este cuerpo reglamentario, en lugar de permitir a las Administraciones la inscripción de todos los bienes patrimoniales de su titularidad y la de los demaniales que considerasen oportuno —manteniendo la facultad decisoria prevista en la legislación decimonónica apuntada—, dispuso el acceso al Registro de todos los bienes de titularidad pública excepto la de los bienes demaniales. Esto es, convirtió en prohibición lo que con anterioridad se enmarcaba en una dispensa por relación a la obligatoriedad de inscribir todos los bienes patrimoniales. A partir de ahí, sin solución de continui-

**EL REGISTRO
DE LA PROPIEDAD ES UN
INSTRUMENTO APTO PARA
VELAR NO SÓLO POR
LA PROPIEDAD PRIVADA
SINO TAMBIÉN POR TODOS
LOS BIENES PÚBLICOS,
SIN DISTINCIÓN
DE NATURALEZA**

(15) Cfr. CALVO SÁNCHEZ, L., *El Catálogo de Montes. Origen y evolución histórica (1859-1901)*, Ministerio de Medio Ambiente, 2003, pág. 237.

(16) La Exposición de Motivos del Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, recogido en el de 11 de noviembre de 1864 con escasas modificaciones, explicaba la razón por la que dichas normas dispensaban la inscripción de los bienes de dominio eminentemente público diciendo con demasiada buena fe que “No hay necesidad de inscribir los bienes de uso público general, como las calles, los caminos, las riberas y otros, no porque estén fuera del comercio, sino porque no están realmente apropiados, ni constituyen el patrimonio exclusivo de ninguna persona o corporación, ni es indispensable que estén señalados con un número en el registro para que sea notorio su estado civil”.

(17) Cfr. PAREJO GAMIR, R., *Protección registral (...)*, op. cit., pág. 25.

(18) Hoy dicho acceso se entiende inserto en la proclama del artículo 2.6 de la LH según el cual en el Registro de la Propiedad se inscribirán “los títulos de adquisición de bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos”.

(19) Cfr. PAREJO GAMIR, R., *Protección registral (...)*, op. cit., pág. 37.

(20) Un breve repaso de las sucesivas reformas de la legislación hipotecaria y de su significado puede verse en GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1988, págs. 179 y ss.

dad hasta que se dicta el Real Decreto 1867/1998, al que luego aludiremos, ésta ha sido la situación vigente en los textos hipotecarios.

Efectivamente, la primera redacción otorgada al vigente Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, tras establecer en su artículo 4 que serían inscribibles: “(...) los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de persona individual o colectiva a que pertenezcan y, por tanto, los del Estado, la provincia, el municipio y entidades civiles o eclesiásticas”, matizaba, acto seguido, en el siguiente (artículo 5) que: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quedan exceptuados de la inscripción: 1. Los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código Civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a un servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio. 2. Los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial (...)”.

En suma, de la dispensa de inscripción registral de los bienes de dominio público emitenente o natural, amparada en la notoriedad de su naturaleza pública, se había pasado a elaborar un precepto según el cual, en la interpretación mayoritaria que del mismo se hizo, podían inscribirse todos los bienes públicos a excepción de la totalidad de los bienes de dominio público. A lo sumo, únicamente cabría considerar como un acceso indirecto de bienes públicos al Registro de la Propiedad el que tenía lugar con la inscripción en él de las concesiones administrativas, —ya demaniales, ya de servicios o de obras públicas—. Acerca de la inscribibilidad de estos títulos no se cernían las dudas. Sin embargo, lo que en ellas se encierra no es el acceso al Registro del bien —público, demanial— sobre el que recaen dichos títulos, sino la publicidad de que sobre esos bienes un particular tiene reconocido un derecho real²¹.

(21) Así es, no existía duda alguna en lo tocante a la inscribibilidad de las concesiones. En 1889 el Código Civil incluye las concesiones administrativas en su artículo 334, núm. 10, considerándolas como bienes inmuebles y la legislación hipotecaria desde antiguo ha permitido su inscripción cuando afectasen o recayesen sobre bienes inmuebles (artículo 31 de la LH). Recapitulando en la historia, nos ilustra sobre este punto UTRERA RAVASSA en su trabajo “Aspectos registrales de las concesiones de puertos”, en RCDI, núm. 555, 1983, pág. 363. Pone de relieve que ya la DGRN en los comienzos de su andadura, puso los cimientos para dicha consideración. Da cuenta de su resolución emitida el 3 de junio de 1870 en la que a propósito de un molino harinero afirma la consideración de: “(...) la concesión de las aguas como un derecho real está sujeto a inscripción (...)”. De lo anterior se sigue que su inscripción en el Registro de la Propiedad desde antiguo ha sido posible, independientemente de la pluralidad de particularidades que les afectan. No olvidemos que la concesión —ya sea puramente demanial o contractual—, en última instancia, crea, a favor de un particular un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento o explotación exclusiva sobre bienes de dominio público. A pesar de que se las equipara a los bienes inmuebles, para verificar su inscripción —y, sobre todo antes de la reforma de legislación hipotecaria operada en 1998— debido a que los bienes sobre los que recae no tenían, en general, acceso al Registro de la Propiedad, se recurriría a una ficción. Consistía en considerarlas finca con la virtualidad de abrir folio registral (artículo 44.6 del RH). Por ello respecto de ellas se exoneraba la exigencia básica en nuestro derecho hipotecario, sancionada en el artículo 7 de la LH, que impone que la primera inscripción de las fincas en el Registro sea de dominio y que una vez inscrito éste, ya podrán registrarse los derechos reales que recaigan sobre las mismas. En general, permite conocer las singularidades de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las concesiones administrativas la consulta de trabajos como los de DIAZ FRAILE, J.M., “Régimen jurídico-registral de las concesiones administrativas”, en el *Libro homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 729-806; BENAVIDES DEL REY, J.L., “Las concesiones administrativas de autopistas y el Registro de la Propiedad”, RCDI, núm. 523, 1977, págs. 1249-1279. ABEJÓN TOVAR, J., “Inscripciones especiales en el registro de la Propiedad: ferrocarriles y canales”, RCDI, núm. 228, 1947, págs. 273-291; GÓMEZ GALLIGO, F.J., “La hipoteca de la concesión de obra pública y su conexión con la normativa hipotecaria”, RCDI, núm. 676, 2003, págs. 1033-1069; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derechos reales administrativos*, Civitas, Madrid, 1989; CHAPELA PÉREZ, R., *Régimen jurídico de la acuicultura marina*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 459; DE ARCENEGUI, I., *Derecho minero*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 341 y 342; en general sobre las explotaciones mineras es interesante el trabajo de MOREU CARBONELL, E., *Minas: régimen jurídico de las actividades extractivas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

Respecto de éstos, de los bienes propiamente, la doctrina estaba dividida entre quienes de forma clara abogaban por acogerse a la tesis negativa de considerar que ningún bien demanial podía acceder al registro de la propiedad y quienes, —valorando el origen de la redacción del artículo 5 del Reglamento Hipotecario (RH) y los abusos reales que se estaban produciendo sobre ellos—, insistían en que en nada dañaba su acceso al Registro, que, incluso, podía suponer la evitación de no pocos inconvenientes, por lo que abogaban en defensa de una interpretación restrictiva de la exclusión prevista por el artículo 5 del RH²². Pero... ¿Y en la realidad?, ¿Qué pasaba en los Registros de la Propiedad? ¿Inscribían los Registradores bienes demaniales? Sin descartar algunas excepciones, en general, existía una inercia registral a favor de considerar improcedente dichas inscripciones sobre la base de la interpretación negativa que se hacía del que se convirtió en artículo de la discordia, el mencionado artículo 5 del Registro Hipotecario.

Ante el panorama descrito, una de las cuestiones más trascendentes reside en conocer cuáles fueron los perniciosos efectos que desencadenó vetar el acceso al Registro de la Propiedad de la categoría de bienes aludida. Y lo cierto es que en la práctica quedaba ampliamente demostrada la falsedad de la premisa de partida: que la ostensibilidad del demanio hacía innecesaria su inscripción²³. Muy al contrario, la exclusión favoreció, en no pocas ocasiones, la proliferación de corrosivos abusos burlescos. Así es, sucedió con relativa frecuencia que porciones del demanio, sobre todo del natural marítimo-terrestre²⁴ y forestal, “convenientemente disfrazadas desde el punto de vista de su descripción”²⁵ fueron inscritas en el Registro de la Propiedad a favor de particulares. En esos casos, y pese a que, en última instancia, dado el carácter extracomercial de estos bienes, debía haberse llegado a decretar la nulidad absoluta de cualquier negocio jurídico realizado en el tráfico privado por ilicitud del objeto (artículo 1271 CC)²⁶, a priori, y en tanto no se declarase su

(22) Una pormenorizada síntesis de las posturas puede verse en PAREJO GAMIR, R., *Protección registral (...)*, op. cit., págs. 39 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Los bienes públicos (régimen jurídico)*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 66; UTRERA RAVASSA, C., “Aspectos registrales de las concesiones de puertos”, en RCDI, núm. 555, 1983, pág. 364; FORNESA RIBÓ, R., “Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre”, RAP, núm. 46, 1965, págs. 137 y ss.

(23) Premisa que, sólo sería real respecto de ciertas categorías de bienes como el mar territorial, las aguas superficiales, las minas, pero no en otros muchos casos respecto de los que la experiencia, como veremos, se impone, y confirma que la ausencia de inscripción constituyó un resquicio evidente para la pérdida de la titularidad pública, muy difícil de reparar en la práctica por más que las leyes o la propia Constitución garantizasen esa titularidad común. Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Los bienes públicos (...)*, op. cit., pág. 66.

(24) Sumamente explícito y gráfico resultó el trabajo de FORNESA RIBÓ, R., “Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre”, RAP, núm. 46, 1965, págs. 123 y ss. Narra el hecho concreto de cómo en los años sesenta afectó a la esquilma de parte de la zona marítimo-terrestre la afluencia de corrientes turísticas. Éstas provocaron un enorme impacto en el mercado inmobiliario que sufrió una insuficiencia circunstancial en la oferta de parcelas edificables. Ante esta circunstancia se generaron toda una serie de operaciones de nula procedencia jurídica, encaminadas a aumentar la posibilidad de esta oferta y que consistieron, por ejemplo, modificar los linderos de fincas colindantes con la zona marítimo-terrestre o en alterar la naturaleza propia de esta misma zona marítimo-terrestre mediante aterramientos artificiales, la posterior plantación de arbustos de crecimiento rápido y la consiguiente petición de deslinde administrativo, que en muchos casos les benefició y tuvo un resultado favorable para sus intereses, por desconocimiento por parte de la Comisión de deslinde, de la modificación producida artificialmente sobre la parcela usurpada. Todas estas operaciones si bien en principio se producen mediante una actuación cuasi delictuosa, desencadenan situaciones de una apariencia jurídica protegible en la vestidura que les ofrece la invocación de principios hipotecarios, como el de legitimación o el de fe pública registral, sobre todo este último cuando se efectúan enajenaciones a terceros, en quienes concurre el requisito de buena fe en sus adquisiciones. Asimismo, cfr. LEGUINA VILLA, J., “Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar”, RAP, núm. 65, 1971, págs. 60 y ss.

(25) En palabras de DÍAZ FRAILE, J.M., “La relación de los bienes comunales y de dominio público con el Registro de la propiedad”, en *Historia de la Propiedad en España: bienes comunales, pasado y presente*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pág. 620.

(26) Cfr. DÍAZ FRAILE, J.M., “La relación (...)”, op. cit., pág. 621.

inexactitud, sobre la inmatriculación practicada a favor del particular desplegaban todos sus efectos tuitivos los principios garantistas del Derecho hipotecario²⁷. De tal suerte que la Administración se vio, en parte, desposeída o disminuida de la acción directa que le ofrecen medios de protección de bienes demaniales tales como el deslinde administrativo, debiendo acudir a los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria para recuperar la posesión de las parcelas de terreno que le eran sustraídas. Y aconteció que la jurisprudencia dictada en este ámbito durante demasiado tiempo fue más proclive a otorgar preferencia a los efectos que, en un orden normal de acontecimientos, derivan de la fe pública registral, que a respetar las consecuencias que debieran derivarse de la declaración de un bien o de una categoría bienes como pertenecientes al dominio público²⁸. En suma, la realidad de estos atentados contra el demanio corroboraba que su inscripción en el Registro podía albergar un mecanismo más para su defensa que enervaría la protección que la fe pública registral brinda a los particulares²⁹. De ahí que comenzase a florecer la concepción del Registro de la Propiedad como un instrumento apto para velar no sólo por la propiedad privada sino también por todos los bienes públicos, sin distinción de naturaleza.

No obstante, se produjo una situación ciertamente curiosa, pues el legislador para atajar el conflicto, en lugar de encarar abiertamente y solventar de cuajo el problema modificando la redacción del artículo 5 del RH, en un primer momento se contentó con dictar legislación sectorial en la que admitía e, incluso, imponía la inscripción de sólo algunas categorías de bienes demaniales, circunstancia que, por otra parte, propiciaba un argumento más en contra de la interpretación restrictiva de dicho precepto. El artículo 42 de la Ley del Patrimonio del Estado (LPE) era el primero que favorecía esta situación, pues de forma “neutral” determinaba que el Ministerio de Hacienda, por medio de sus servicios patrimoniales, habría de inscribir en los correspondientes Registros, a nombre del Estado, los bienes y derechos de este que fuesen susceptibles de inscripción. E idéntica crítica debe hacerse de la normativa local, pues, pese a que el artículo 85 del Texto Refundido del Régimen Local de 1986 (TRRL) parecía imponer, sin distincos, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la totalidad de los bienes inmuebles y derechos reales de estas entidades, el artículo 36.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), también de 1986, condicionaba la obligación a lo previsto en la legislación hipotecaria, donde topábamos de nuevo con la losa del artículo 5 del RH.

(27) Comenzábamos el trabajo invocando la importancia del principio de seguridad jurídica y dejábamos apuntado como única trasgresión justificativa a su imperio, en palabras del TC, la concurrencia de una exigencia cualificada de interés general. Pues bien, la virtualidad de los principios hipotecarios debería decaer ante el interés general que representa la salvaguarda de los bienes demaniales.

(28) Un profuso repaso a la jurisprudencia ciertamente vacilante pero en ciertos momentos cuantitativamente más decantada a reconocer la prevalencia de los principios hipotecarios puede consultarse en el libro de PAREJO GAMIR, R., *Protección registral (...)*, op. cit., págs. 148 y ss. Un cambio de orientación significativo en la jurisprudencia comienza a apreciarse, cuando menos en relación con algunos bienes, principalmente a resultados de la demanialización constitucional de ciertas realidades producida por la declaración contenida en el artículo 132 de la Carta Magna. Así es, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión ha venido proclamando la protección blindada en pro del dominio público constitucional, que no puede ponerse en jaque invocando los principios hipotecarios. En relación con el demanio marítimo-terrestre, son claras las Sentencias de la Sala 1ª, de lo Civil, del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1984, de 9 de noviembre de 1984, 11 de junio de 1985 o 4 de julio de 1985, anteriores a las medidas proteccionistas previstas en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, a la que en breve atenderemos. Doctrina que, por supuesto, ha continuado consolidándose con posterioridad a la promulgación de dicha Ley, como demuestran las SSTs también de la Sala 1ª, de 20 de enero de 1993, 1 de julio de 1999, 18 de julio de 2001, 12 de febrero de 2004, o 5 de marzo de 2004.

(29) Cfr. TORRENT, A., “Protección registral del dominio marítimo-terrestre”, RCDI, núm. 608, 1992, pág. 54.

Más como indicamos, a golpe de legislación sectorial se intentó salvar, en parte, la papeleta. Descendiendo en el detalle y por orden cronológico, puede citarse como pionera la legislación de Montes, pues el artículo 11.1 de la Ley de 8 de junio de 1957 dispuso que “Todo Monte incluido en el catálogo y que haya sido deslindado se inscribirá obligatoriamente a favor de la Entidad Pública a que pertenezca el dominio de la finca (...) en la forma y con las circunstancias que prevén los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento (...)”³⁰. Tras la aprobación en 1978 de la Constitución con las previsiones incluidas en su artículo 132, se sucedieron distintas leyes que intensificaron la defensa de algunos bienes demaniales determinando su acceso al Registro de la Propiedad, o brindando tal posibilidad. Así, la Ley 23/1982, de 16 de junio, Reguladora del Patrimonio Nacional, respecto de los bienes que constituyen este patrimonio, declaró en su artículo 6.2 que “Los bienes y derechos integrados en el Patrimonio Nacional serán inalienables, imprescriptibles e inembargables, gozarán del mismo régimen de exenciones tributarias que los bienes de dominio público del Estado, y deberán ser inscritos en el Registro de la Propiedad como de titularidad estatal”³¹. A su vez, el artículo 13.2 de la controvertida Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, estableció con vaga fuerza que “La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente (...)”³². Asimismo, terció sobre el tema la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias, que en su artículo 8.4 preceptúa que “La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde. Dicha resolución será título suficiente para que la Comunidad Autónoma proceda a

**LOS BIENES Y DERECHOS
INTEGRADOS
EN EL PATRIMONIO
NACIONAL DEBERÁN SER
INSCRITOS
EN EL REGISTRO
DE LA PROPIEDAD COMO
DE TITULARIDAD ESTATAL**

(30) Cfr. CALVO SÁNCHEZ, L., *El Catálogo de Montes. Origen y evolución histórica (1859-1901)*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2003, en especial págs. 235 a 245. Téngase en cuenta el artículo 21 de la actual Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

(31) Cfr. BASSOLS COMA, M., “El régimen jurídico del Patrimonio Nacional”, en *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2004, págs. 1363-1389.

(32) Cfr. TORRENT, A., “Protección registral del dominio marítimo-terrestre”, RCDI, núm. 608, 1992, págs. 49-62. DÍAZ FRAILE, J.M., “La protección registral del dominio público marítimo-terrestre: falsa antinomia entre la ley de costas y la ley hipotecaria”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1991, págs. 1004-1035.

la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. (...)”³³.

Dejando al margen las especialidades que poco a poco se fueron jalonando por la legislación sectorial, el revulsivo del cambio general de criterio lo constituyó la promulgación del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de modificación del Reglamento hipotecario, que, entre otros aspectos, cambia la redacción del citado artículo 5 inspirándose en el principio de universalidad registral. El precepto queda redactado de la siguiente manera: “Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial”. De donde se sigue que, a día de hoy, la normativa hipotecaria, permite de forma generalizada el acceso de los bienes demaniales al Registro de la Propiedad, eso sí, condicionándola a lo que establezca su legislación específica³⁴.

Al menos hasta la promulgación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), cabría preguntarse si desde la creación de las Comunidades Autónomas las leyes que en orden a la gestión de sus patrimonios respectivos fueron dictando sus Asambleas Legislativas tuvieron alguna incidencia en la materia que abordamos. Y la respuesta es negativa en la medida en que, en términos generales, se limitaban a imponer la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes públicos de su titularidad de acuerdo con lo preceptuado en la normativa hipotecaria de aplicación³⁵.

(33) Cfr. BENSUSAN MARTÍN, M.P., *Las vías pecuarias*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 171 y ss.; HERRÁIZ SERRANO, O., *Régimen jurídico de las vías pecuarias*, Comares, Granada, 2000, en particular, págs. 525 y ss.

(34) En el fondo, la reforma iba incluso más lejos, pues como apreció el TS en una de las sentencias dictadas con ocasión de los recursos interpuestos contra la modificación prevista en el Real Decreto 1867/1998, la Sentencia de la Sala tercera de 31 de enero de 2001 (FJ 10º): “(...) El carácter imperativo con que están redactados los artículos 6, 17 y 18 del Reglamento Hipotecario impide interpretarlos y aplicarlos de acuerdo con el principio de inscripción potestativa, por lo que invaden el ámbito del régimen jurídico de los bienes de dominio público reservado a la Ley, incurriendo en ilegalidad y nulidad radical, que, una vez declarada, permitirá armonizar lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de dicho Reglamento con el ordenamiento propio de aquellos bienes, ya que estas normas no ofrecen duda acerca de la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes inmuebles de dominio público y cualesquiera otros pertenecientes a las Administraciones Públicas, respetando, sin embargo, que tal inscripción se practique con arreglo a su legislación especial y a las reglas generales sobre el acceso de los bienes inmuebles y derechos reales al Registro de la Propiedad”. Por este motivo declara nulos los cambios efectuados en tales artículos 6, 17 y 18. La citada no fue la única sentencia dictada en relación con el Real Decreto 1867/1998, también declararon la nulidad de alguna de las reformas que introducía las sentencias puestas por la Sala tercera del TS de 24 de febrero de 2000; de mayo de 2000 y de 12 de diciembre de 2000.

(35) A continuación, por orden cronológico, se indican los preceptos de las normas autonómicas vigentes que regulan el punto estudiado. Sólo la riojana se ha promulgado con posterioridad a la LPAP, a cuyas indicaciones está adaptada, de tal forma que del resto de normas, la parte de su contenido que esté en disconformidad con ella hay que entenderlo derogado. Artículo 17 de la Ley 14/1983, de 27 de julio, de Patrimonio de Euskadi, en la que se trasluce la especialidad que puede representar la inscripción de los bienes demaniales cuando, en general, declara que serán inscribibles en los registros públicos los bienes y derechos de titularidad de esta Comunidad, “incluso los de dominio público”. Artículo 79 de la Ley 3/1985, de 12 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma Gallega, en la que igualmente resulta destacable la forma empleada en la redacción del apartado segundo del artículo mencionado pues refleja de forma nítida la idea durante un excesivo tiempo imperante acerca de la no necesidad de inscribir en el registro de la Propiedad bienes demaniales. Tras establecer en el apartado primero la obligación de inscribir los bienes y derechos de la pertenencia de la Comunidad gallega en los Registros públicos entre los que se cita expresamente el de la Propiedad, literalmente dispone el segundo párrafo que “Se exceptúan, no obstante, de la inscripción o anotación registral los bienes demaniales de uso público y todos aquellos cuya condición demanial se manifieste de forma ostensible o aparente”. Artículo 29 de la Ley Foral 17/1985, de 27 de septiembre, del Patrimonio de Navarra. Artículo 10 de la Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Artículos 54 y 69 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Artículo 11 de la Ley 7/1986, de 22 de diciembre, de Patrimonio de la Diputación Regional de Cantabria. Artículo 12 de la Ley 8/1987, de 28 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias. Artículo 76 de la Ley 6/1987, de 7 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad de Castilla y León. Artículo 18 de la Ley 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio del Principado de Asturias. Artículo 16 de la Ley 2/1992,

El broche que hasta la fecha cierra el sistema lo encontramos en el artículo 36 de la LPAP, que ha culminado, en la forma que se explicará, el proceso del que damos cuenta, transformando el cariz potestativo de la redacción actual del artículo 5 del RH en imperativo³⁶.

Convergemos, así, en el camino con un punto de partida común para abordar el resto de consideraciones que se expondrán en el trabajo: la obligación de que figuren inscritos en el Registro de la Propiedad todos los bienes públicos inmuebles, con abstracción de la naturaleza que se les reconozca. A continuación el estudio abordará algunas cuestiones más prácticas relacionadas con el tema de fondo propuesto, como el alcance de la obligación de inscribir sancionada en el artículo 36 LPAP, la identificación del órgano competente que ha de instarla y, fundamentalmente, el análisis de las particularidades existentes en relación con los que se consideran títulos inscribibles de presentación imprescindible para que los Registradores de la Propiedad practiquen los asientos pertinentes³⁷.

III. ALCANCE POSITIVO Y NEGATIVO DE LA OBLIGACIÓN DE INSCRIBIR BIENES PÚBLICOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y SUJETOS VINCULADOS POR ELLA. BREVE EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A) Alcance positivo de la obligación de inscribir

A la vista de lo hasta aquí expuesto, una primera acotación parece evidente: no todos los bienes públicos tienen acceso al Registro de la Propiedad, sino sólo los que de ellos reúnan la elemental condición de tener atribuida naturaleza de bienes inmuebles. Los bienes públicos que no tengan naturaleza inmobiliaria podrán incluirse en otros Registros pero no

de 9 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Artículo 15 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Artículo 12 del Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón. Artículo 17 de la Ley 6/2001, de 11 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Artículo 14 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid. Artículo 38 del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de patrimonio de la Generalidad de Cataluña. Artículo 19 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana. Artículo 32 de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, la primera dictada tras la promulgación de la LPAP y en la que se palpa, como no debía ser de otro modo, la adecuación a su contenido. El artículo citado, referido a las "Inscripciones registrales", dispone que "Los bienes y derechos que integran el Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ya sean demaniales o patrimoniales y los actos y contratos que les afecten, que sean susceptibles de inscripción en registros públicos, deberán ser inscritos en los mismos. Esta inscripción será potestativa en el caso de arrendamiento inscribible conforme a la legislación hipotecaria".

(36) Cfr. VILLALBA PÉREZ, F., "Protección y defensa del patrimonio de las Administraciones públicas: inventario patrimonial e inscripción registral de los bienes públicos", en *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2004, págs. 387-433. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., "Inventario patrimonial y régimen registral", en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 291-321.

(37) Al margen quedará el análisis de otras cuestiones de no escasa importancia pero alejadas de la intención principal buscada con la elaboración de este trabajo, como, por ejemplo, las que afectan al examen del procedimiento de acceso al Registro de todos estos bienes, para cuyo conocimiento, no obstante, puede consultarse la obra colectiva dirigida por GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005. O, asimismo, los efectos derivados de la inscripción de bienes públicos en el Registro de la Propiedad, punto sobre el que algunas ideas se encuentren en el libro de PAREJO GAMIR, R., *Cuestiones hipotecarias de Derecho administrativo*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2002.

en el de la Propiedad. Ahora bien, y ahora en un sentido negativo, que los bienes públicos de naturaleza inmobiliaria figuren inscritos en el Registro de la Propiedad tampoco veta la constancia de una referencia simultánea de dichos bienes en otros Registros respecto de los que igualmente pueda existir la obligación de que figuren inscritos.

Actualmente, es el artículo 36 de la LPAP el que en su apartado primero —al que se atribuye carácter básico— prescribe que “Las Administraciones públicas deben inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros. No obstante, la inscripción será potestativa para las Administraciones públicas en el caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria”³⁸.

Si bien, la terminología abstracta empleada en el precepto invita a estimar, ya se ha indicado, que los bienes y derechos a los que nos referimos pueden y deben inscribirse en otros Registros públicos, dependiendo del objeto que tengan, la LPAP —y ya antes su predecesora— sólo se preocupa por albergar algunas indicaciones acerca del acceso de los bienes públicos inmuebles al Registro de la Propiedad, dejando un gran vacío en cuanto a la regulación del acceso de otros bienes patrimoniales públicos como derechos de propiedad inmaterial, intelectuales, industriales, acciones, etc., a otros de los Registros que hemos mencionado y en los que tienen cabida³⁹.

En otro orden de cuestiones, teniendo en cuenta que la inscripción de bienes patrimoniales en el Registro de la Propiedad ya era posible⁴⁰, y considerando que, por los avatares explicados, buena parte de los bienes demaniales no lo estaban, la LPAP ha sido sensible a esta circunstancia y tras hacerse una estimación razonable del tiempo que puede ser necesario para regularizar esta situación, su Disposición Transitoria Quinta ha fijado una moratoria para exigir su cumplimiento. Señala un plazo máximo de cinco años, a contar desde la vigencia de la misma, dentro del que habría de practicarse la inscripción en el Registro de la Propiedad de la totalidad de los bienes demaniales⁴¹. Teniendo en cuenta que su entrada en vigor se produjo el 3 de febrero de 2004, dicho plazo expira el 3 de febrero de 2009.

Sin embargo, la imposición en que hoy en día se ha transformado el acceso de los bienes públicos al Registro de la Propiedad pone de relieve un primer aspecto diferencial res-

(38) Aunque el precepto enuncia la obligación refiriéndola a bienes y derechos, en este estudio sólo se abordarán cuestiones relativas a la inscripción de bienes.

(39) Carencia en la regulación que ha sido denunciada por la doctrina. Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Inventario patrimonial y régimen registral”, en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 314 y 321.

(40) Según se desprendía de la lectura combinada del artículo 2.6 de la Ley Hipotecaria, del 42 de la Ley del Patrimonio del Estado o, en el ámbito local, del artículo 36 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

(41) Fue el propio Consejo de Estado en su Dictamen de 3 de abril de 2003, emitido en relación con el Anteproyecto de Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el que tras alabar la decisión de establecer como obligatoria la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes demaniales por la seguridad en el tráfico que supondría, aconsejó establecer un plazo transitorio suficientemente amplio para garantizar el debido cumplimiento de esta obligación.

pecto de los bienes de titularidad privada para los que la inscripción es voluntaria⁴². Y casa perfectamente con la voluntad tajante de defender proteger todo el patrimonio de titularidad pública que enuncian los artículos 28 y 29 de la LPAP en términos de obligación.

La inscripción habrán de instarla los órganos competentes, en principio, ante el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los bienes susceptibles de causar un asiento (*ex* artículo 1 de la Ley Hipotecaria). Entre otras⁴³, una dificultad surgirá en los casos en los que el bien, por sus dimensiones, ocupe un espacio tal que abarque demarcaciones llevadas por distintos Registros. Ejemplo evidente de esta situación lo encontramos en el marco de los bienes demaniales de gran envergadura u ocupación espacial, como las carreteras o los ferrocarriles. Una solución para el problema es la ya prevista para la inscripción de las concesiones administrativas que sobre estos mismos bienes han venido recayendo desde antiguo. En efecto, resuelve el artículo 61 del RH que la inscripción de una concesión se practique en el Registro en cuya demarcación radique bien sobre el que recaiga o, para el caso de que el tamaño de dicho bien fuera tal que tuviese presencia en distintas demarcaciones registrales, se inscriba en el punto de arranque que para la misma —la concesión— designe la Administración concedente. Será ésta la considerada inscripción principal en la que, entre otros extremos, habrá de constar el resto de términos municipales en los que tenga presencia el bien demanial. La existencia de esta inscripción no impide, en modo alguno, que en el resto de demarcaciones registrales afectadas hayan de verificarse asientos en los que se haga referencia a la inscripción principal. Una solución semejante prevé para el supuesto concreto de las concesiones mineras el artículo 62 RH. Sin pasar por alto, tampoco, lo establecido en los artículos 245 y siguientes de la LH y concordantes con ellos del RH. Este planteamiento, además, contribuiría a evitar un incremento de gastos registrales para las Administraciones. No olvidemos, en consonancia con ello, que la propia LPAP da testimonio de la preocupación del legislador que, consciente del coste que tiene el acceso de todos los bienes públicos al Registro de la Propiedad, determina en el artículo 40 un régimen de aranceles

**LOS BIENES
PÚBLICOS QUE NO
TENGAN NATURALEZA
INMOBILIARIA PODRÁN
INCLUIRSE EN OTROS
REGISTROS PERO NO
EN EL DE LA PROPIEDAD**

(42) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 1713.

(43) No se oculta que dada la enorme variedad de bienes públicos inmuebles existentes, que presentan rasgos de naturaleza muy diversos y se apartan de las características habituales de las fincas sobre las que ordinariamente se practican asientos en el Registro de la Propiedad, cabe vaticinar no escasos inconvenientes si se lleva a efecto con sus últimas consecuencias la obligación impuesta en el artículo 36 de la LPAP.

más exiguo que el común para los casos en que el obligado al pago sea una Administración Pública⁴⁴.

B) La excepción a la exigencia general

Conforme al precepto reproducido –36.1 LPAP–, un reducto supérstite a la discrecionalidad administrativa relacionado con la inscripción o no de un dato en el Registro de la Propiedad, lo recoge su último inciso, referido a los arrendamientos, al declarar su inscripción potestativa. La referencia insertada en el inciso a la legislación de Derecho privado, obliga a reparar en lo que en ella se dispone y descubrir que son inscribibles en el Registro de la Propiedad la totalidad de “Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos” (artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria)⁴⁵.

Descendiendo a delimitar el alcance de la determinación del precepto, conviene poner de relieve que al no establecer distinción alguna, su contenido podría entenderse aplicable tanto a los supuestos en los que la Administración actúa como arrendataria de un inmueble, –que habrían de ser reconducidos a los artículos 122 a 128 sobre “arrendamiento de inmuebles”, incluidos dentro del Título V de la LPAP sobre “gestión patrimonial” que pueden emprender las Administraciones–, como a los casos en los que una Administración arrienda a un tercero un bien patrimonial de su titularidad, –posibilidad insertable en el ámbito del “aprovechamiento y explotación de los bienes y derechos patrimoniales” tratado en los artículos 105 a 109 de la LPAP que integran el capítulo II del Título IV de dicha norma sobre “uso y explotación de los bienes o derechos”–. Si bien, por las razones que se expondrán, más virtualidad y sentido cobra la excepción en el segundo de los casos indicados. Para apreciarlo es suficiente con examinar algunas de las pautas sobre la formalización e inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamiento de inmuebles celebrados por una Administración que ofrece la LPAP. En particular, el artículo 113.1 de la LPAP distingue a los efectos de formalizar los arrendamientos de que se ocupa según vayan a inscribirse o no en el Registro de la Propiedad. De tal suerte que, aunque resulta clara la obligación de establecer su formalización por escrito, sólo se impone hacerlo en escritura pública cuando, en efecto, vaya a inscribirse el arrendamiento, lo que contrasta con el deber general de formalización en escritura pública de los negocios jurídicos de adquisición o enajenación de bienes inmuebles y derechos reales.

(44) Actualmente los aranceles aplicables se reducen el 50% del importe ordinario cuando se aplican a las Administraciones.

(45) Aunque la redacción de este precepto (artículo 2.5 LH) trae causa de lo ordenado en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la formulación genérica otorgada a su redacción permite considerar incluidos no sólo este tipo de arrendamientos, sino también los rústicos –cuya regulación se localiza en la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos– e incluso los contratos de *leasing* inmobiliario –sobre los cuales hay que estar a lo establecido en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En realidad, el acceso al Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamiento, como títulos en sentido material, constituye una excepción a la regla según la cual no son inscribibles los títulos con efectos meramente obligacionales, pues en general, al Registro de la Propiedad, sólo acceden los negocios que persigan la producción de un efecto jurídico-real (artículos 2.1º y 2º de la LH y 7 del RH). Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 519.

Interesa descubrir la razón por la que la LPAP determina como potestativa y no como obligatoria para la Administración la inscripción de los derechos de los contratos en que ocupa la posición de arrendataria. Seguramente acierta VALENCIA MARTÍN⁴⁶, al hacer notar que lo que permite la inscripción registral es oponer frente a un tercer adquirente del inmueble el derecho de arrendamiento, que no tiene que respetarse en otro caso. Siendo esto así, quedaría claro cuál es el interés de la Administración-arrendataria al registrar su derecho.

En cualquier caso, al operar la inscripción en interés de la Administración será ella quien corra con todos los gastos aparejados a este trámite, según se desprende del artículo 113 de la LPAP. El motivo determinante de no obligar siempre a la Administración la inscripción registral parece radicar en el hecho de que la legislación civil especial en materia de arrendamientos, en la que impera una filosofía protectora del arrendatario, prevé algunos supuestos de oponibilidad del arrendamiento frente a terceros adquirentes sin necesidad de inscripción. No obstante, puntualiza con rigor GARCÍA GARCÍA⁴⁷ que el carácter potestativo de la inscripción de arrendamientos sólo se explica cuando los arrendamientos celebrados estén dentro de los plazos mínimos obligatorios, pues en otro caso, superados éstos, ya no afectaría al tercero hipotecario y el arrendamiento podría extinguirse a instancia de dicho tercero. Por su parte, cuando en la relación arrendaticia la Administración ocupe la posición de arrendadora, a quien más puede interesar la inscripción de arrendamiento en el Registro de la Propiedad es al particular y, si la quiere, correrá a su cargo.

C) Sujetos vinculados por la obligación de inscribir y órganos competentes para ello

Ha quedado suficientemente recalcado que el apartado primero del artículo 36 es de carácter básico, de donde se sigue que la imputación de la responsabilidad para instar la inscripción rige plenamente en relación con todas las Administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de esta norma, fijado en su artículo 2. De conformidad con este último, por cierto dictado sobre la base de la competencia exclusiva del Estado amparada en el artículo 149.1.8ª CE, queda protegido bajo el paraguas aplicativo de la LPAP el patrimonio de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, así como el de las Comunidades Autónomas, y el de las entidades que integran la Administración local, incluyendo, en ambos casos, el de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las mismas.

Obsérvese que fuera del marco de aplicación de la LPAP quedaría el régimen patrimonial hipotecario aplicable a otros entes ciertamente vinculados con las Administraciones a las que sí les atañe la norma. Un ejemplo, la LPAP no tercia sobre un aspecto que tendrá relevancia en relación con bienes patrimoniales, y es no tanto si pueden, —que es claro que sí—, cuanto si han de inscribirse o no en el Registro de la Propiedad los que de ellos sean inmuebles y su titularidad corresponda a entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de Administraciones públicas. Un exponente de ello lo encontramos en

(46) Cfr. VALENCIA MARTÍN, G., "Arrendamiento de inmuebles", en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 1055 y 1056.

(47) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 1713.

los de las sociedades mercantiles en mano pública⁴⁸. A lo que, valorando la finalidad de la Ley y que, aunque pueda constituir un exceso, en no pocas ocasiones se emplea este tipo de personificaciones para atender fines netamente públicos, consideramos cabría dar una respuesta afirmativa⁴⁹.

Por otra parte, según reza al apartado segundo del artículo 36 LPAP, la inscripción de los bienes públicos en el Registro de la Propiedad deben promoverla, alternativamente, el órgano que haya adquirido el bien o derecho, o el que haya dictado el acto o intervenido en el contrato que deba constar en el Registro o, en su caso, el órgano al que corresponda su administración y gestión. Son, pues, varias, las posibilidades que ofrece, aunque no parece que el precepto esté disponiendo un orden supletorio de las posteriores respecto de sus precedentes, sino que lo procedente dependerá en cada caso de las disposiciones aplicables. Ahora bien, en la medida en que este apartado ya no es básico, es previsible que las Leyes que puedan ir dictando las Comunidades Autónomas para acomodar su normativa a las nuevas prescripciones de la LPAP dispongan alguna particularidad propia al respecto⁵⁰.

Por último, no se descuide que los artículos 38 y 39 de la LPAP concretan unas obligaciones exigibles a los Registradores de la Propiedad que completan, o más exactamente, contribuyen a intensificar la efectividad de las anteriores indicaciones. De una parte, les imponen que, cuando tuvieren conocimiento de la existencia de bienes o derechos pertenecientes a las Administraciones que no estuvieran inscritos debidamente, lo comunicaran a los órganos a los que corresponda su administración, para que por éstos se inste lo que proceda. De otra, les exigen el mismo deber de comunicación respecto de las inscripciones que hayan de realizar y puedan repercutir en bienes de las Administraciones ya sea por excesos de cabida o en los supuestos de inmatriculación de fincas que sean colindantes con otras de titularidad de una Administración pública. Estas obligaciones colocan a los Registradores de la Propiedad en el papel de cuidadores registrales de los bienes públicos⁵¹.

IV. ACERCA DE LOS TÍTULOS QUE AMPARAN LA INSCRIPCIÓN DE BIENES PÚBLICOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Al abordar el estudio del ingreso de cualesquiera situaciones jurídicas inmobiliarias al Registro de la Propiedad, el primer aspecto que ha de tenerse en cuenta es el de los títu-

(48) En el caso propuesto, no se suscita el interrogante en relación con los bienes demaniales por cuanto éstos sólo pueden ser de titularidad de entes de Derecho público.

(49) Aunque elaborado con anterioridad a la promulgación de la LPAP, es sumamente ilustrativo conocer, también en este punto, el trabajo, ya citado, de PAREJO GAMIR, R., *Cuestiones hipotecarias (...)* op. cit., en especial, págs. 77 y ss., en las que analiza la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes de entes públicos personificados.

(50) Así lo ha hecho en su artículo 31 la única Ley hasta la fecha dictada con posterioridad a la vigencia de la LPAP, la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

(51) Los antiguos artículos 46 y 47 de la LPE establecían unas obligaciones semejantes, si bien en cuanto al exceso de cabida la regulación precedente era más precisa y se detenía a detallar cómo debía formalmente ponerse en conocimiento de la autoridad competente. A diferencia de la LPE ahora estos deberes se aplican en general, no sólo en relación con bienes del Estado.

los materiales y formales de los que depende la práctica en el mismo de un asiento. Pese a que cada una de estas cuestiones presenta sus connotaciones específicas y un tratamiento hipotecario particular, al objeto del presente trabajo, adquieren relevancia las matizaciones que sobre el tema puedan hacerse y afecten a la constancia tabular de los bienes públicos.

Explican, entre otros, DIÉZ PICAZO y GULLÓN⁵², que pese a que la legislación hipotecaria española habla con relativa frecuencia de forma un tanto indiscriminada del acceso al Registro de la Propiedad de fincas o inmuebles, de derechos, de actos o de contratos, en realidad, a dicha institución lo que se presentan, a los efectos de practicar las inscripciones, son los documentos físicos o títulos, —en sentido formal—, en los que se recoge el acto o negocio jurídico, —en sentido material, ejemplo, compra-venta, arrendamiento, hipoteca, expropiación, concesión, etc.—, que produce una mutación jurídico-real inmobiliaria; es decir, el acto o negocio jurídico por el que se crea, declara, reconoce, transmite, modifica o extingue la realidad jurídico-real de un bien al que se atribuye naturaleza inmueble⁵³. Dicho en otras palabras, desde el punto de vista formal el título inscribible constituye el vehículo preciso para que pueda dejarse reflejo de los títulos materiales en el Registro de la Propiedad a través de los asientos que correspondan.

Ha quedado expuesto que las situaciones jurídicas relativas a los bienes públicos inmuebles, ya sean éstos demaniales o patrimoniales, han de inscribirse en el Registro de la Propiedad. En relación a cómo verificar su entrada efectiva, la consideración más inmediata en la que reparar tiene que ver con el elenco de títulos mediante los que canalizar las constataciones que les afecten.

A este respecto, indica el artículo 37.1 de la LPAP que “La inscripción en el Registro de la Propiedad se practicará de conformidad con lo prevenido en la legislación hipotecaria y en esta Ley”. Lo que reclama una atención previa a las determinaciones que sobre este particular realiza la normativa hipotecaria, de la que las contenidas en la LPAP vienen a ser un complemento⁵⁴.

**EL TÍTULO INSCRIBIBLE
CONSTITUYE EL VEHÍCULO
PRECISO PARA QUE PUEDA
DEJARSE REFLEJO
DE LOS TÍTULOS
MATERIALES EN
EL REGISTRO DE
LA PROPIEDAD A TRAVÉS
DE LOS ASIENTOS QUE
CORRESPONDAN**

(52) Cfr. DIÉZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 235; Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil*, tomo III, Edersa, Madrid, 2002, pág. 387.

(53) Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de derecho Civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 518-519.

(54) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Inventario patrimonial (...), op. cit., pág. 315.

Pues bien, el artículo 2 de la Ley Hipotecaria (LH) enumera los títulos materiales con acceso al Registro, mientras que los artículos 3 y 4 de la misma norma –y los concordantes con ellos del Reglamento Hipotecario (RH), artículos 33 y siguientes–, ofrecen una idea de lo que ha de entenderse por título formal.

A los efectos que ahora importan, el primero de los artículos mencionados conviene ponerlo en relación con lo dispuesto en el artículo 15 de la LPAP en el que se enuncian, si bien no de manera tasada, los distintos modos a través de los que las Administraciones públicas pueden adquirir bienes y derechos. Sin entrar en demasiados pormenores, se aprecia que:

1. Existen títulos materiales a los que pueden recurrir de igual manera que los particulares, como ocurriría con las adquisiciones a título oneroso mediante la celebración de un contrato de compra-venta, o las producidas por herencia, legado o donación. Son títulos materiales que adquieren importancia en el ámbito de sus bienes de naturaleza patrimonial.
2. Otros títulos materiales cobran especial protagonismo como medios de adquisición de bienes de titularidad pública, ya se integren éstos en el elenco de bienes patrimoniales o, sobre todo, demaniales. Como ejemplos pueden citarse, respectivamente, la adquisición de los inmuebles vacantes y las demanializaciones *ope legis* o la adquisición de bienes mediante expropiación forzosa.

Por su parte, es el artículo 33 del RH el que, en abstracto, identifica el concepto formal de título, a modo de interpretación auténtica de dicha noción, disponiendo que “Se entenderá por título, para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla y que hagan fe en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite”. Más en particular, el artículo 3 de la LH establece los tipos de títulos formales en los que deberán consignarse los títulos materiales referidos en su artículo 2, diciendo que habrán de estarlo en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma en que prescriban los Reglamentos. De donde, a modo de esquema, se sigue que se considera válida para instar inscripciones en el Registro de la Propiedad la presentación de documentos públicos de tres clases⁵⁵:

- a) Documentos notariales: como escrituras públicas, actas y, en la medida en que estos documentos no llegan originales al Registro, las copias auténticas de lo en ellos recogido.
- b) Documentos judiciales: así, sentencias, autos y providencias, también los mandamientos y, al igual que antes, en tanto que sentencias, autos y providencias no llegan originales al Registro, también los testimonios de las actuaciones judiciales.

(55) Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio (...)*, op. cit., pág. 389.

c) Documentos administrativos: tales como disposiciones administrativas, resoluciones administrativas o las certificaciones expedidas por la autoridad administrativa competente.

Teniendo en cuenta los distintos modos a través de los cuales hemos visto pueden adquirir la titularidad sobre un bien las Administraciones Públicas, no resulta difícil proponer ejemplos de situaciones jurídico-inmobiliarias que les conciernan y tengan acceso al Registro de la Propiedad presentando documentos notariales y judiciales. Sin embargo, la presentación de un documento administrativo constituye para las Administraciones un medio característico, cuasi-idiosincrásico, que permite el acceso de bienes públicos al Registro de la Propiedad o la alteración de las inscripciones que les afectan. Hasta el punto de poder considerar que este mecanismo integra el elenco de manifestaciones que definen el privilegio de autotutela que se les reconoce como vía para satisfacer el interés público al que sirven, en este caso tendente a salvaguardar su patrimonio.

Lo anterior no significa, empero, que un acto administrativo no pueda contener, en ocasiones, el título material por el que un particular adquiera un derecho inscribible en el Registro de la Propiedad⁵⁶, pensemos en el supuesto conspicuo de las concesiones administrativas. Y tampoco supone que, pese a que los títulos formales que los particulares presenten en el Registro y en virtud de los que se practiquen los asientos sean, fundamentalmente, de origen de notarial o judicial⁵⁷, no hayan de aportar, como complemento a los mismos, datos que resulten de certificaciones administrativas⁵⁸.

Por otra parte, tampoco implica que cualquier documento administrativo, que incluso pueda considerarse válido como medio de formalización de un contrato privado de la Administración que resulte traslativo o declarativo de dominio, (ejemplo, una compra venta), tenga la consideración de título suficiente con acceso al Registro de la Propiedad. Una muestra la proporciona el artículo 54.1 del TRLCAP. Este precepto tras determinar que los contratos de la Administración “se formalizarán en documento administrativo”, sin que sea necesario elevarlos a escritura pública, salvo “cuando lo solicite el contratista, siendo a su costa los gastos derivados de su otorgamiento”, añade que ese documento se erige en título suficiente para acceder a “cualquier registro público”. Tan genérica redacción ha inducido a algunos a cuestionarse si es suficiente para admitir que también tiene acceso al Registro de la Propiedad. Desde luego, parece evidente que es deseo explícito del legislador hacer de la intervención del contrato por el funcionario administrativo competente el medio válido para cubrir los requisitos de formalidad exigidos a los contratos públicos

(56) Se preocupa de esta cuestión con cierto detalle GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Los efectos de la inscripción de los actos administrativos”, en *RAP*, núm. 74, 1974, págs. 14 y ss.

(57) Recordemos que, según dispone el artículo 60 del RH, en el supuesto de las concesiones citado, incluso la propia resolución administrativa que acuerda su otorgamiento puede servir de título formal cuando no se requiera formalización en escritura pública.

(58) Un exponente de esta circunstancia lo ofrece la regulación actual prevista en el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, a partir de cuya entrada en vigor para registrar la situación de cualesquiera tipo de fincas en el Registro de la Propiedad se exige la presentación de la certificación catastral que les afecte. Otras muestras contiene la misma legislación hipotecaria, por ejemplo, al hilo de las concesiones administrativas, al indicar el artículo 64 del RH que la solicitud pretendiendo la inscripción de los aprovechamientos de aguas públicas obtenidos mediante concesión administrativa deben ir acompañadas del certificado de su constancia en el correspondiente Registro administrativo.

[ex letra i) del artículo 11.2 del TRLCAP] y una forma de eludir los gastos que llevaría aparejada la intervención de fedatario público. Ahora bien, ir más allá y considerar que este documento haya de estimarse título suficiente con acceso al Registro de la Propiedad no sintoniza ni con la regulación hipotecaria ni, en realidad, con la administrativa y, por tanto, no es aceptada sin reparos por los Registradores. A lo sumo, podría entenderse que dicho documento podría servir para hacer constar el bien en el inventario correspondiente y sobre la base de su inscripción en el mismo intentar su acceso al Registro de la Propiedad a través de la certificación administrativa del artículo 206 de la LH a la que luego aludiremos. Pero aún así, teniendo en cuenta el carácter excepcional atribuido a esta certificación, no sería extraño que el Registrador al realizar la calificación oportuna y percatarse de la situación, rechazara tal forma de proceder. En realidad, lo contrario, supondría reconocer un privilegio injustificado a favor de la Administración, pues estaríamos ante un supuesto relativo al tráfico jurídico de bienes patrimoniales en el que ésta debiera actuar en pie de igualdad con los particulares.

Hecha la apreciación precedente, y en tanto que el acceso de bienes públicos al Registro de la Propiedad mediante la presentación de documentos notariales y judiciales no debe plantear excesivos problemas adicionales a los que pueden suscitar respecto de los presentados por particulares, se estudiará aquí su acceso mediante la presentación de documentos administrativos, siendo, por otra parte, el único medio sobre el que contiene prescripciones el régimen previsto en los artículos que analizamos de la LPAP. En última instancia, con esta presentación, dada la imposibilidad de descender en el detalle particular de la multiplicidad de hipótesis posibles, se ha querido poner de relieve que hay que hilar fino al distinguir, por una parte, entre títulos materiales de los que se deriva la adquisición o cambio de situación de un bien inmueble de titularidad pública y que pueden tener un origen jurídico-público o derivarse de negocios jurídico-privados y, por otra, la plasmación formal de los anteriores en el documento público que proceda y de cuya presentación en el Registro de la Propiedad depende la práctica de la inscripción.

V. EXAMEN DE LAS PREVISIONES SOBRE “TÍTULOS INSCRIBIBLES” CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 37 DE LA LPAP

El examen de todos los títulos susceptibles de ser reconducidos a la categoría de documentos administrativos⁵⁹ con acceso al Registro de la Propiedad podemos comenzar refiriendo el tratamiento que reciben en la propia legislación hipotecaria. En ella, el artículo 34 de la LH, relativo a los documentos auténticos considera tales: “los que, sirviendo de títulos al dominio o derecho real o al asiento practicable, estén expedidos por el Gobierno o por Autoridad o funcionario competente para darlos y deban hacer fe por sí solos”. Como ejemplos de los mismos, el RH ofrece varios, así, las actas de deslinde se mencionan en su artículo 12.2, a las anotaciones de embargo por apremio administrativo

(59) Coincidimos con PAREJO GAMIR en entender que sólo puede considerarse documento administrativo inscribible el que la Ley 30/1992 llama en su artículo 46.4 documento público administrativo, esto es, el válidamente emitido por órgano competente de la Administración pública. Definición que, además, encaja con lo previsto en el artículo 1216 del CC sobre documentos públicos. Cfr. PAREJO GAMIR, R., *Cuestiones hipotecarias* (...), op. cit., pág. 94.

alude el artículo 25, el acta de ocupación de bienes expropiados se cita en el apartado cuarto del artículo 32, o las actas de concesión administrativa las prevé el artículo 60. Ahora bien, son todos ellos ejemplos de documentos administrativos que contienen los propios actos administrativos concebidos como títulos materiales con incidencia en una situación inmobiliaria. Pero conocido es que cuando pretenden inscribirse decisiones acordadas por la Administración pública lo habitual es que se presenten en el Registro los documentos administrativos que recogen el sentido de las mismas y hayan sido emitidos por el órgano competente en virtud de la potestad certificante que tenga reconocida.

A mayores, hay que considerar la regulación sobre títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad prevista en la LPAP que con lo establecido, básicamente, en su artículo 37 completa sustantivamente a la anterior. De este precepto puede partirse para intentar construir una teoría global más terminada de los tipos de documentos administrativos que sirven de base para cumplir la obligación de inscribir las situaciones que afecten a bienes públicos en el Registro de la Propiedad.

A) Las disposiciones administrativas como títulos válidos para amparar una inscripción registral

El primer título inscribible que proclama la LPAP son las “disposiciones administrativas” a las que alude por vez primera en el apartado segundo del artículo 37⁶⁰ al disponer que “Las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas y demás previstas en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 se practicarán mediante traslado de la disposición administrativa en cuya virtud se verifiquen, (...)”. La lectura de este precepto encierra cierta complejidad.

En primer término, cabe cuestionarse cuál es la interpretación que ha de hacerse de la expresión “disposición administrativa” que emplea. Analizando el contexto en el que pueden producirse cada una de las operaciones citadas cumple concluir que será lo habitual tener que entenderla en el sentido de “resolución administrativa” (acto) que las acuerde⁶¹. Sin embargo,

(60) Mencionaba esta posibilidad el párrafo segundo del artículo 43 de la Ley del Patrimonio del Estado: “Las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas del Estado se practicarán mediante traslado de la disposición administrativa en cuya virtud se verifiquen”.

(61) Una interpretación distinta puede verse en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Inventario patrimonial (...)”, opus cit., nota a pie número 36, en la página 316.

EL ACCESO AL REGISTRO DE LAS SITUACIONES QUE AFECTAN A LOS BIENES PÚBLICOS SE PRODUCIRÁ O BIEN MEDIANTE CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EXPEDIDA POR EL ÓRGANO COMPETENTE O MEDIANTE COPIA AUTÉNTICA DE LA MISMA

yendo algo más lejos, debemos preguntarnos si la denominación podría comprender, en abstracto, —y puesto que es la traducción más habitual que de la misma se hace en Derecho administrativo—, cualesquiera normas administrativas, ya tuviesen rango legal o reglamentario, que recogiesen el título material por el que se singularizasen de manera indubitada bienes concretos como de titularidad pública o implicasen modificaciones en relación con los que ya lo eran. Repárese en que el precepto menciona no sólo una serie de operaciones, sino que remite a las “(...) demás previstas en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria”, y en éste tienen cabida hasta las inmatriculaciones. Más aun, el fundamento de ese artículo se encuentra en la intención de dotar a la Administración de un medio que le permitiese inmatricular sus bienes en el Registro de la Propiedad cuando careciese de un título previo de dominio.

Buceando en el mar de los ejemplos, algunos se encuentran de normas que pudiera entenderse podrían servir como títulos inscribibles referidos a bienes públicos, en particular, relativos a bienes demaniales. En relación con el demanio artificial, uno lo propone DEL VALLE PASCUAL⁶², quien cita los traslados de disposiciones administrativas para inscribir en el Registro de la Propiedad determinados bienes como los de titularidad de Universidades Públicas. Este autor, para corroborar su postura, menciona la opinión, en el mismo sentido, de ARNÁIZ EGUREN⁶³ que al objeto de practicar la inscripción de estos bienes considera válido título traslativo material la misma disposición de transferencia; es decir, la copia del correspondiente boletín oficial, complementado con instancia de la Administración adquirente en la que se describan los bienes que han de ser objeto de inscripción.

La anterior postura se ve reforzada si reparamos en el segundo punto en el que la LPAP menciona las “disposiciones” como títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad. Lo hace en el artículo 83.3 LPAP al hilo de la regulación de la “Incorporación al Patrimonio de la Administración General del Estado de bienes de los organismos públicos”, al establecer que “En el caso de supresión de organismos públicos, la inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de la Administración General del Estado se practicará con la presentación de la disposición en cuya virtud se hubiese producido la supresión del organismo”. Y resulta que, al menos en el ámbito estatal, la supresión de organismos públicos puede producirse, según precisa el artículo 64 de la LOFAGE, por determinación de una Ley o, en ciertos casos, por virtud de un Real Decreto.

En última instancia no se olvide que hubo ya amago reciente de trasladar una referencia a las “disposiciones administrativas” a la normativa hipotecaria. En efecto, la redacción que preveía para el artículo 17 del RH el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, antes mencionado, —declarado nulo en este punto por el TS en su Sentencia de 31 de enero de

(62) Cfr. DEL VALLE PASCUAL, J.M., “El patrimonio de las Universidades” en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 120.

(63) Cfr. DEL VALLE PASCUAL, J.M., “El patrimonio (...)”, *op. cit.*, pág. 120, nota a pie número 48, donde cita el trabajo en el que se contiene la expresión transcrita, es el de ARNÁIZ EGUREN, R., “El dominio público y el patrimonio universitario ante el Registro de la Propiedad. Incidencia del proceso de transferencia desde el Estado a las Comunidades Autónomas”, en *III Curso sobre régimen de las Universidades Públicas*, celebrado en la Universidad Politécnica de Madrid en marzo de 1995, págs. 483 y 490.

2001— establecía que “Con posterioridad a la inscripción de los bienes, podrá también hacerse constar por nota marginal los cambios de adscripción de los bienes de las Administraciones públicas a los diversos órganos de las mismas, por reorganización, alteración administrativa o por cualquier otra causa, mediante el traslado de la disposición administrativa correspondiente (...). Las transferencias de bienes entre distintas Administraciones públicas se harán constar por inscripción, en virtud de la disposición administrativa que las haya acordado”.

En definitiva, no queda claro el auténtico sentido en el que se emplea la idea de “disposición administrativa” y habrá que estar al contexto en que se use. Sin embargo, aunque las disposiciones administrativas a las que nos venimos refiriendo, ya sean actos resolutorios o normas, se consideren títulos inscribibles, en realidad, hay que entenderlos como el soporte de los títulos materiales que afectan a los bienes inmuebles. La práctica real permite concluir que, en estos casos, el acceso al Registro de las situaciones que en concreto afectan a los bienes públicos se producirá o bien mediante la certificación administrativa expedida por el órgano competente en la que se dé cuenta del sentido de la disposición administrativa⁶⁴, o como afirmaba ARNÁIZ EGUREN mediante la copia auténtica de la misma complementada con instancia de la Administración adquirente en la que se describan los bienes que han de ser objeto de inscripción. Sólo de forma residual —pues no será lo frecuente— mediante la presentación original de la disposición, que podría admitirse cuando fuese una resolución administrativa que ponga fin a un procedimiento que afecte a bienes públicos.

No entrarían en esta categoría las demanializaciones *ope legis* que producidas en relación con algunos bienes que integran el demanio natural, tales como las aguas continentales, la zona marítimo-terrestre, las playas, o el mar territorial. Se ha ensalzado sobradamente que la demanialización se produce en estos casos directamente por la prescripción legal. Podría decirse que el título material en el sentido del artículo 2 LH es la declaración legal de demanialización. Ahora bien, aunque sea la Ley la que califique directamente a todas estas categorías de bienes como demaniales no siendo necesario otro acto de declaración posterior, cierto es que por seguridad se requiere dictar actos posteriores de aplicación de la Ley que delimitan en concreto las fronteras exactas hasta donde se extienden las dependencias demaniales legalmente definidas; así, concretan cuál es el límite de la ribera de un río o de la zona marítimo-terrestre. Los ejemplos prototípicos de esta categoría de actos los constituyen los deslindes administrativos. Serán éstos o las certificaciones sobre los mismos los que tengan acceso al Registro de la Propiedad, como títulos inscribibles, según declara abiertamente el artículo 12.2 RH⁶⁵.

(64) A este respecto, conviene tener en cuenta que al abordarse en los distintos Estatutos de Autonomía el traspaso de bienes inmuebles del Estado a las Comunidades Autónomas se introdujeron Disposiciones en las que se esclarecía cuál habría de considerarse título inscribible. Con una redacción semejante declararon que sería: “(...) título suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad del traspaso de bienes inmuebles del Estado a la Generalidad la certificación por la Comisión Mixta de los acuerdos gubernamentales debidamente promulgados” (Tomamos como modelo la Disposición Transitoria Sexta.4 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Cataluña).

(65) Si bien, hasta la fecha, desde el punto de vista registral, la importancia principal de los deslindes se apreciaba en razón de las inscripciones de fincas particulares que lindan con el demanio.

B) Las certificaciones administrativas libradas por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los bienes cuya inscripción se pretende

El documento administrativo al que tradicionalmente se refiere la legislación hipotecaria como título formal válido para inscribir bienes públicos es la certificación administrativa. Esto es, el de documento público, cuyo contenido se considera la verdad legal respecto a la situación a la que se refiere, expedido por el funcionario competente que tenga atribuida “potestad certificante”, en lo que nos concierne, respecto de situaciones que afectan a bienes públicos. Nuevamente siguiendo el esquema de la LPAP cabe diferenciar distintas posibilidades, según quien sea considerado el funcionario competente para emitirlos. Veamos en primer término el régimen de las que puede emitir el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los bienes a los que afecta.

La reforma operada sobre la Ley Hipotecaria en 1944⁶⁶ estatuyó en su artículo 206 como medio válido de acceso al Registro de la Propiedad un nuevo título formal: la certificación administrativa emitida por el funcionario entre cuyas atribuciones figurase la administración de los bienes públicos sobre los que recayese la certificación.

El tenor del precepto citado fue claro al establecer que “El Estado, la provincia, el municipio y las Corporaciones de derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél y las de la Iglesia Católica, cuando carezcan del título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos.

Mediante certificación administrativa, librada en los términos indicados en el párrafo anterior y con los demás requisitos en cada caso establecidos, podrán inscribirse la declaración de obra nueva, mejoras y división horizontal de fincas urbanas, y, siempre que no afecten a terceros, las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas del Estado y de los demás entes públicos estatales certificantes”⁶⁷.

La posibilidad introducida por esta norma recibió la crítica de la doctrina, que la valoraba, en general, como una vía privilegiada e injustificada de acceso de bienes al Registro a favor de las entidades e instituciones mencionadas en el precepto⁶⁸. Hasta el punto de llegar a considerarse un medio susceptible de propiciar la sustracción de dichos entes al sometimiento a las leyes generales comunes de Derecho privado, lo cual podía resultar peligroso al facilitar la existencia de casos de doble inmatriculación o de genuino despojo, independientemente de la buena o mala fe con que se recurriese al mismo⁶⁹. Por esta

(66) Cfr. CHICO Y ORTIZ, J.M., *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 817. Realmente lo que se produjo fue una transformación de las antiguas certificaciones de posesión que habían sido introducidas en 1864.

(67) Este segundo párrafo se incluyó en una reforma llevada a cabo en 1996.

(68) Cfr. DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema (...)*, op. cit., pág. 246.

(69) Cfr. CHICO Y ORTIZ, J.M., *Estudios (...)*, op. cit., pág. 817

razón se hizo notable hincapié en afianzar una interpretación restrictiva, excepcional o subsidiaria para este mecanismo. La propiciaba el tenor literal del artículo que la acogía, en el que se indica que podrá acudir a ella cuando se carezca del título escrito de dominio, que debe, por tanto, reputarse el medio ordinario y preferente⁷⁰.

El hecho fue que este medio se integró también en la normativa administrativa relativa al patrimonio de las Administraciones⁷¹. No hubo reparo en considerar que para inscribir registralmente bienes de las Administraciones públicas respecto de los que careciesen de título de dominio era suficiente la certificación expedida por la autoridad administrativa competente en relación al inventario aprobado de sus bienes y derechos, produciendo dicha certificación los mismos efectos que una escritura pública.

Más aun, a pesar de las críticas vertidas sobre ella, la variante no sólo no se eliminó de la Ley Hipotecaria sino que la importancia de este tipo de certificaciones resultó reforzada por medio del artículo 144 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que introdujo a la versión originaria más escueta y limitada del artículo 206 un segundo párrafo con el que quedó configurado su tenor vigente.

Ahora, el artículo 37.3 de la LPAP intensifica la importancia de las certificaciones a las que aludimos al añadir una novedad, ciertamente significativa, consistente en declararlas título inscribible a los efectos, inclusive, de reanudar el tracto sucesivo interrumpido. En este sentido, las certificaciones administrativas, vienen a sumarse a los otros dos únicos mecanismos existentes para ello que menciona el artículo 200 LH: las actas de notoriedad y los expedientes de dominio⁷². Obviamente, en este caso el tracto se reanuda a favor de una Administración pública, lo que ha llevado a cuestionar si para el funcionario que las libre “puede constituir un interés contradictorio por

**LA CERTIFICACIÓN
ADMINISTRATIVA ES
EL DOCUMENTO PÚBLICO
CUYO CONTENIDO SE
CONSIDERA LA VERDAD
LEGAL RESPECTO A
LA SITUACIÓN A LA QUE
SE REFIERE**

(70) Exégesis avalada por la redacción del artículo 199 de la LH. Si bien ahora hay que tener en cuenta cómo afecta a la situación la nueva regulación incluida en la LPAP.

(71) Artículo 44 de la LPE y más abiertamente los artículos 85 del Texto Refundido de la Ley de Bases del Régimen Local, y 36 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

(72) Cfr. SERRERA CONTRERAS, PL. ya en 1961 en el artículo “La certificación administrativa de dominio y la reanudación del tracto sucesivo interrumpido”, publicado en el la RCDI, núm. 402-403, noviembre-diciembre, de 1961, págs. 1081-1102, abogaba en solitario, tomando en consideración la interpretación que hacía de lo dispuesto en el artículo 306 RH, por considerar que este tipo de certificaciones podían emplearse para reanudar el tracto sucesivo.

estar sometido a una relación de sujeción especial respecto a la Administración a cuyo favor se va a inscribir el bien inmueble”⁷³.

En definitiva, el artículo 37.3 LPAP incrementa el número de prerrogativas sancionadas a favor de la Administración en el ámbito de inmobiliario registral. Privilegio que, sin embargo, en el caso de la reanudación del tracto sucesivo, se rodea de una serie de cautelas o garantías a favor del particular afectado. En concreto, el artículo prevé dos posibilidades alternativas al recurso de esta suerte de certificaciones para reanudación del tracto, estableciendo una tramitación más sencilla que la dispuesta para los supuestos ordinarios en los artículos 201 y 202 de la LH, y condiciona la aplicabilidad de cada una de ellas a que concurran las siguientes circunstancias:

1. Si fuesen conocidos los titulares de las inscripciones contradictorias o sus causahabientes, a que la Administración les dé traslado de la certificación que se propone inscribir, mediante notificación personal. Además, les ha de conferir un plazo de 30 días (a contar desde el siguiente a aquel en que reciban la notificación, según la regla general del artículo 48 de la Ley 30/1992), para que formulen oposición a la misma. Si fueren conocidos los interesados pero imposible la notificación se estará, dice la Ley, al sistema de edictos previstos para el supuesto de los interesados no conocidos que a continuación veremos.

Acometiendo una comparativa entre esta solución y la sancionada para los mismos efectos en el artículo 202 LH en materia de expedientes de dominio con virtualidad reanudadora, se aprecia, como hace SERRERA CONTRERAS⁷⁴, que la LPAP es más flexible que la LH que exige la práctica de tres notificaciones al titular del asiento contradictorio o a sus causahabientes, mientras que en el caso regulado en la LPAP es suficiente con verificar una única notificación.

2. No siendo conocidos los interesados, cabrá inscribir la certificación cuando las inscripciones contradictorias tuviesen más de 30 años de antigüedad, no hubiesen sufrido alteración durante ese plazo y no se hubiese formulado oposición por quien acredite tener derecho sobre los bienes en el plazo de 30 días, a contar desde el siguiente al que se hubiesen publicado edictos, comunicando la intención de inscribir la certificación en el tablón del Ayuntamiento, en el *Boletín Oficial del Estado*, en el de la Comunidad autónoma o en el de la Provincia, dependiendo de la Administración que haya expedido la certificación⁷⁵.

(73) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Inventario patrimonial (...)”, op. pág. 317.

(74) Cfr. SERRERA CONTRERAS, P.L., “Dos apuntes registrales en torno a la nueva Ley de Patrimonio”, en RCDI, núm. 684, 2004, pág. 1833. Este autor considera que debieran haberse modificado ambas legislaciones pues no sin razón afirma carente de sentido la existencia de una dualidad de regímenes para algo que es común y mucho menos que se den más facilidades a la Administración que las que se ofrecen a los Tribunales de Justicia, pág. 1835 del trabajo citado.

(75) Cfr. SERRERA CONTRERAS, P.L., “Dos apuntes registrales (...)” op.cit., pág. 1833, a quien resulta extraño cómo hace la LPAP la referencia a los interesados no conocidos. Considera que el precepto parece indicar que ante titulares desconocidos la certificación sólo puede inscribirse si las inscripciones de aquéllos tienen más de treinta años de antigüedad y, si esto es así, entiende que el tiempo del asiento y el conocimiento o no de sus titulares o causahabientes son cosas distintas. Para hacer valer su postura pone un ejemplo, se pregunta qué sucedería con inscripciones que no tengan treinta años, pero que estén cercanas a ese tiempo y respecto de las que se desconozca la identidad o domicilio de las personas interesadas y, estima carente de sentido que para reanudar el tracto haya que esperar en todo caso a que se cumpla aquel largo plazo. Propone que en estos supuestos se adopten las necesarias garantías, y que de hacerse aquella espera no es razonable.

Señala, con razón, GARCÍA GARCÍA⁷⁶, que el punto de controversia interpretativa principal de este precepto lo plantea la mención a los interesados conocidos a los que no sea posible realizar la notificación personal anteriormente mencionada. Se expuso que el precepto indica que en esos casos habrá de recurrirse a la publicación de edictos en los términos dispuestos para el caso de los interesados desconocidos. Ahora bien, puede dudarse acerca de si el reenvío de un supuesto al otro se produce únicamente en lo concerniente al sistema de edictos o, por el contrario, en bloque a todo el régimen previsto para la alternativa de los interesados no conocidos. A pesar de que la literalidad del precepto sirve para defender la primera opción, el autor citado, expone cómo, en aras a garantizar la mayor seguridad para los particulares afectados, debiera entenderse la remisión plena. Y ello por cuanto, explica, podría producir indefensión admitir que cualquier titular registral de menos de 30 años de antigüedad pudiese perder su titularidad inscrita por una mera publicación de edictos sin notificación personal. Y en tanto que para los titulares no conocidos se requiere, como requisito adicional, que la inscripción contradictoria tenga más de 30 años de antigüedad y que no haya sufrido alteración durante ese plazo, considera que exigir también este elemento para el supuesto de los interesados conocidos a los que no resultase posible realizar la notificación personal por desconocimiento de su domicilio, por ausencia del mismo, o que por cualquier causa no hayan recibido la notificación personal, contribuiría a velar por sus intereses, de ahí que abogue por esta interpretación.

Para ambos casos el precepto recuerda dos requisitos formales que ha de respetar la certificación administrativa expedida: la referencia en ella al título en virtud del cual la Administración adquirió el derecho sobre el bien, –incluso aunque se tratase de una adquisición por prescripción adquisitiva extraordinaria⁷⁷–, y la indicación del tiempo que la Administración lo lleva poseyendo pacíficamente.

A modo de garantía también puede verse el límite temporal fijado en el último inciso del artículo 37.3 LPAP que dispone que las inmatriculaciones practicadas mediante una certificación administrativa de esta naturaleza, no afectan a terceros hasta transcurridos dos años a contar desde su fecha de expedición. Lo que, por otra parte, coincide con lo dispuesto en el artículo 207 LH⁷⁸. Una vía a la que podría recurrir la Administración para evitar este límite sería la del expediente de dominio por la vía judicial del artículo 201 de la LH.

Considera la profesora FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁷⁹ que, en el fondo, las garantías que aparentemente matizan este privilegio son realmente ficticias puesto que la realidad re-

(76) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 1714.

(77) Para ese concreto supuesto el título de adquisición sería la propia usucapión, aunque no se hubiese declarado judicialmente, sin perjuicio de la oposición o impugnación que pudiesen intentar hacer valer los interesados notificados. Cfr. GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de legislación inmobiliaria (...)* op. cit., pág. 1714.

(78) Explica la jurisprudencia del TS al referirse al contenido del artículo 207 de la LH que su contenido obedece a que para que la fe pública registral pueda operar es preciso que se produzca una adquisición en forma onerosa de un titular inscrito y con facultades para poder transmitir el dominio o el derecho real de que se trate. No sería consecuente con este principio pretender mejor condición para los títulos intabulados por un procedimiento excepcional como el previsto en el artículo 205, de ahí que el artículo 207 LH, conciba una cautela como resorte a la excepcionalidad de tal mecanismo.

(79) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Inventario patrimonial (...)”, op. cit., pág. 317.

gstral de muchos bienes inmuebles es la de que los interesados no son conocidos, por lo que, normalmente, no se podrá proceder a efectuar una notificación personal a los titulares de las inscripciones contradictorias o a sus causahabientes, sino que se realizará la inscripción a favor de la Administración a través de dicha certificación funcional mediante la publicación de edictos.

Para completar el régimen jurídico aplicable al tipo de certificaciones de que damos cuenta hay que reparar en las prescripciones contenidas en los artículos 303 a 307 del Reglamento Hipotecario. En ellas, muy en síntesis, se determinan las circunstancias que deben constar en la certificación que se expida (artículo 303 RH)⁸⁰; qué sucede si el funcionario a cuyo cargo están los bienes no ejerza autoridad pública o no tenga reconocida facultad para certificar (artículo 304 RH); en qué registro debe presentarse la certificación (artículo 305 RH); cómo ha de proceder el Registrador si no consta algún extremo de los que debieran o las certificaciones expedidas estuviesen en contradicción con algún asiento (artículos 305 y 306 RH) y qué ha de hacer el Registrador una vez practicada la inscripción sobre la base de la certificación administrativa (artículo 307 del RH).

C) Las certificaciones administrativas expedidas por el órgano competente para llevar a cabo la cancelación y rectificación registrales

El apartado 4 del artículo 37 LPAP —que, por cierto, no ha sido dictado sobre la competencia exclusiva estatal reconocida en el artículo 149.1.8ª CE, ni tiene carácter de legislación básica— recoge otro supuesto de certificación administrativa. Se diferencia de la anterior en el sentido último que la justifica. Ha quedado explicado que el origen de las certificaciones administrativas del artículo 206 de la LH radicó en otorgar un título “privilegiado” a favor de la Administración aplicable cuando no dispusiese de título válido común. Ahora se trata de certificaciones administrativas que no determinan un beneficio para la Administración pública, sino mediante las que ésta reconoce que la situación registral a su favor no se corresponde con la realidad jurídica o fáctica que debiera imperar. Estos documentos ha de expedirlos el funcionario competente para llevar a cabo la cancelación y rectificación registrales que afecten a bienes ya inscritos. Su admisibilidad como títulos formales inscribibles, en tanto que prevista para supuestos perfectamente delimitados y concretos en el propio artículo, no genera riesgo de causar perjuicio a terceros, sino en todo caso, un beneficio⁸¹. En particular, el libramiento de esta certificación es título suficiente para acceder al Registro de la Propiedad en tres casos distintos:

1. Cuando, tras el seguimiento del previo procedimiento administrativo pertinente, se acredite la inexistencia actual o la imposibilidad de localización física de la finca. Señala desde la experiencia GARCÍA GARCÍA⁸² que, en realidad, esta solución ya se venía admi-

(80) En los casos de certificaciones administrativas expedidas para reanudar el tracto sucesivo, hay que tener en cuenta que la LPAP en el artículo 37.3 final del primer párrafo exige que en la certificación se haga constar “el título de adquisición del bien o derecho y el tiempo que lleva la Administración titular en la posesión pacífica del mismo”.

(81) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de legislación inmobiliaria*, (...) op. cit., pág. 1714.

(82) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de legislación inmobiliaria* (...), op. cit., pág. 1715.

tiendo en la práctica y que la única novedad estriba en la exigencia de informe técnico, que deberá incorporarse o aludirse a él en la certificación.

2. Cuando, tras acreditarse la doble inmatriculación de un inmueble, se reconozca el mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre el de la Administración.

3. Cuando, pese a que no exista doble inmatriculación, la Administración reconozca la titularidad, mejor derecho o preferencia del título de un tercero sobre una finca que aparezca inscrita a favor de las Administraciones públicas.

La primera de las hipótesis, asume el criterio lógico según el cual la desaparición total o parcial de un objeto, en nuestro caso una finca, —por inexistencia actual o imposibilidad de comprobación— debe provocar la extinción total o parcial de la apariencia que supone su referencia en el Registro en que figure, pues la inscripción en la que conste estará dando cuenta de una situación que no es real —inexistencia— o cuya realidad no se puede comprobar —imposibilidad de localización física de la finca—.

En las situaciones descritas en los puntos 1 y 2, el resultado es que la Administración reconoce que un tercero tiene mejor derecho o preferencia que ella sobre el inmueble, pues de lo contrario, para dirimir conflictos debieran terciar los órganos jurisdiccionales. En estos casos (y también en el que veremos a continuación), lo que sucede es que antes de que se plantee un litigio y siempre con las garantías pertinentes —ejemplo informes técnicos, informe de la Abogacía del Estado, o informes de las asesorías jurídicas correspondientes— la Administración reconoce el mejor derecho de un tercero. De ahí que si ya la propia Administración no discute ese mejor derecho no tendría sentido que se obligara al tercero particular a iniciar un proceso civil para dilucidar un aspecto que no se discute, porque quien sería la contraparte, en este caso la Administración, se aviene a acceder a la pretensión que formularía el demandante⁸³.

El contenido de este artículo es suficiente para estimar que ahora ya debe considerarse inscribible una certificación administrativa que acredite el exceso de cabida de una finca de titularidad pública, lo que antes se negaba alegando que las

**LA DESAPARICIÓN TOTAL
O PARCIAL DE
UN OBJETO DEBE
PROVOCAR LA EXTINCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DE LA APARIENCIA QUE
SUPONE SU REFERENCIA
EN EL REGISTRO**

(83) Cfr. SERRERA CONTRERAS, P.L., “Dos apuntes registrales (...)”, *op. cit.*, pág. 1841.

certificaciones administrativas tenían reconocida virtualidad más reducida y además, para supuestos excepcionales⁸⁴.

Cuestiona SERRERA CONTRERAS⁸⁵ que los documentos a los que directamente alude este apartado 4, deban considerarse auténticos títulos inscribibles. Los concibe como la gestión que la Administración hace de la inscripción a su favor que tenía de ciertos derechos. El autor citado considera que en cada caso el verdadero título será la resolución decisoria firme de la autoridad administrativa que declare la inexistencia del bien o reconozca la titularidad del tercero. Cosa diferente es que ese título se lleve al Registro mediante la oportuna certificación expedida por el órgano administrativo que tenga competencia para autorizarla. Es el sistema normal que se usa cuando estamos ante decisiones de la Administración pública. En todo caso, al igual que en el apartado anterior, deben tenerse en cuenta las prescripciones contenidas en los artículos 303 a 307 del RH.

D) Otros supuestos de títulos inscribibles previstos en la LPAP

Aún encontramos en la LPAP otras dos referencias a títulos inscribibles que suscitan comentarios equiparables a los hasta aquí efectuados.

1. De una parte, las órdenes estimatorias de reclamaciones administrativas previas a la vía judicial civil. El glosado artículo 37, en su apartado 5 —que tampoco ha sido dictado sobre la competencia exclusiva estatal reconocida en el artículo 149.1.8ª CE, ni tiene carácter de legislación básica— dispone que “La orden estimatoria de una reclamación previa a la vía judicial civil interpuesta por el interesado para que se reconozca su titularidad sobre una o varias fincas será título bastante, una vez haya sido notificada a aquél, para que se proceda a la rectificación de la inscripción registral contradictoria existente a favor de la Administración pública”.

Lo que plantea el precepto, en total concordancia con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la LH, es el reconocimiento en vía administrativa del mejor derecho que tiene un tercero sobre un bien inmueble inscrito a favor de la Administración. Mejor derecho declarado previo seguimiento de un procedimiento iniciado a instancia de parte. La orden mencionada en el artículo se corresponde con el acto o resolución administrativa que estima la pretensión del particular, y, como ocurre en casos ya vistos, lo usual es que acceda al Registro mediante libramiento de la certificación autorizada por el órgano administrativo con competencia al efecto.

2. La segunda la recoge el artículo 83 y, en realidad, desembocará de ordinario en la expedición de una certificación administrativa susceptible de ser presentada en el Registro de la Propiedad.

(84) Cfr. CHICO Y ORTIZ, J.M., *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 818.

(85) Cfr. SERRERA CONTRERAS, P.L., “Dos apuntes registrales (...)”, *op. cit.*, págs. 1839 y 1844.

Tras declarar el artículo 82 de la LPAP que los actos de afectación, mutación demanial, desafectación, adscripción, desadscripción e incorporación de bienes públicos deben hacerse constar en el correspondiente inventario patrimonial, el apartado primero del artículo 83 añade que si el objeto de tales actuaciones lo fuesen bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, habrá de tomarse razón de las mismas en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal o inscripción a favor del nuevo titular, dependiendo de la operación que se hubiese verificado. Para la práctica de ese asiento, determina: “será título suficiente el acta correspondiente” en la que se decrete el cambio que proceda. En estos casos, el título material con acceso al Registro lo constituye la afectación, mutación demanial, desafectación, adscripción, desadscripción o incorporación correspondiente. Sin embargo, al igual que en supuestos explicados, el título formal que se presente al Registro no será, por regla general, el acta en la que se acuerda cada actuación sino, a la luz de la práctica ordinaria, la certificación sobre lo acordado expedida por el funcionario competente para ello.

VI. UNA VALORACIÓN FINAL

Alcanzado este punto, únicamente resta afrontar una valoración general de la que, en realidad, es la mayor novedad introducida por la LPAP en lo concerniente al acceso de los bienes públicos al Registro de la Propiedad. En este sentido, la más elemental impresión que sugiere la obligación de inscribir la totalidad de los bienes inmuebles de titularidad pública atañe a los que de ellos sean demaniales.

Sin poner en tela de juicio la bondad que para su protección significa esta medida y presuponiendo una decidida voluntad para cumplirla, cabe vaticinar que a la hora de practicar las inscripciones que se insten surgirán inconvenientes y no escasos interrogantes. A ello contribuye la enorme variedad de bienes inmuebles demanializados sobre los que pesa la obligación del artículo 36 de la LPAP, que hace que tengan rasgos absolutamente dispares entre sí y, en ocasiones, una fisonomía que los aparta de forma notable de la que presentan las fincas en relación con las que de ordinario se verifican asientos en el Registro de la Propiedad.

Pues, en el fondo, resulta complicado encajar la inscripción de los bienes demaniales en una institución como la del Registro de la Propiedad, pensada con otra finalidad, y cuyo funcionamiento es extraño al significado inherente a un título como el de la afectación a un uso público que es el que subyace a la demanialización. Por ejemplo, ¿como se inscribe propiamente el dominio público marítimo-terrestre?, ¿y un río?, ¿y un yacimiento arqueológico? Por tal razón, sería conveniente elaborar algunas disposiciones específicas que contribuyesen a aclarar dudas como las enunciadas.

Asimismo, prescindiendo de planteamientos doctrinales, optar por la obligación de inscribir los bienes demaniales en el Registro de la Propiedad, no hay duda de que favorece una visión privatista de la categoría, apartándose del criterio más iuspublicista desde el que también se ha analizado. Sea como fuere, todo lo anterior no debiera enturbiar el re-

conocimiento del dato esencial que la informa y que fue magistralmente sintetizado por el TC en su conocida Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, cuando afirmó que:

“(…) la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*”.

Sobre el presupuesto de las tasas por utilización del dominio público*

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

Profesor Titular de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad de
Zaragoza

Resumen

SOBRE EL PRESUPUESTO DE LAS TASAS POR UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

Los tributos cuyo hecho imponible consiste en la ocupación del dominio público son tasas. Aunque el presupuesto legal de estas tasas parece simple, está cubriendo de manera expresa o implícita varios elementos que deben concurrir en todo caso para la correcta exacción de la tasa. En este trabajo se estudia en qué consisten estos elementos: que los bienes ocupados sean de titularidad pública; que sean demaniales y no patrimoniales; que el

dominio público ocupado sea de la autoridad impositora; que la utilización sea “privativa” o el aprovechamiento “especial”; que se ocupen efectivamente o, al menos, que la ocupación se encuentre autorizada, y que la ocupación beneficie al usuario. Asimismo, se analizan otros elementos cuya concurrencia considero indiferente y algunas previsiones legales expresas que excluyen o permiten excluir la exacción de las tasas en algunos casos.

Abstract

ABOUT THE BUDGET OF THE TAX RATES FOR USING THE PUBLIC DOMAIN

The tributes whose taxable fact consists on the occupation of the public domain are taxes. Although the legal budget of these taxes seems simple, it is covering up in a expressed or implicit way several elements that must converge in every case for the correct exaction of the tax. In this work it is studied what these elements consist on: that the occupied possessions be of public ownership; that they be of public domain and not patrimoniales; that

the occupied public domain be of the taxable authority; that the usage be “privative” or the explotation be “special”; that they were really occupied or, at least that the occupation were authorized; and that the occupation benefits the user. Also, other elements are analyzed whose concurrence I consider indifferent and some expressed legal forecasts that exclude or that allow to exclude the tax exaction in some cases.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEC2003-08643/JUR infraestructuras, valores públicos y medio ambiente.

Sumario:

I. Introducción. II. Los bienes utilizados han de ser de titularidad de una Administración pública. III. Los bienes utilizados o aprovechados han de ser de dominio público y no bienes patrimoniales. IV. Ha de tratarse del dominio público de la Administración impositora. V. El uso del dominio público local debe ser “privativo” o el aprovechamiento “especial”. VI. El dominio público ha de utilizarse efectivamente o al menos la utilización encontrarse autorizada. VII. La utilización del dominio público debe beneficiar especialmente al usuario. VIII. Elementos que no integran el presupuesto de las tasas por utilización del dominio público. A) Legitimidad de la utilización o aprovechamiento. B) El título por el que se ocupa el espacio público es indiferente a los efectos de la exigencia de la tasa. C) La “voluntariedad u obligatoriedad en la recepción del servicio” es una cuestión ajena por completo al presupuesto de las tasas por utilización del dominio público. IX. Supuestos excluidos expresamente de imposición de tasas por utilización del dominio público. Nota bibliográfica.

I. INTRODUCCIÓN

Dice el artículo 2 de la Ley General Tributaria¹ (en adelante, LGT) que los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público son tasas. La Ley estatal de tasas y precios públicos (en adelante, LTPP) utiliza esas mismas palabras². En el ámbito autonómico, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA) se refiere a “tasas por la utilización de su dominio público”³. Por su parte, la Ley reguladora de las haciendas locales (en adelante, TRLHL) señala que tienen la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las Entidades Locales por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local⁴.

En nuestra cultura jurídico-tributaria la tasa era el ámbito tradicional de la remuneración por las cesiones del espacio demanial. Como se recordará, la reforma integral del régimen de las tasas llevada a cabo a finales de los años ochenta desembocó en que la utilización del dominio público fuera considerado presupuesto no de tasas, sino de precios públicos. Al

(1) Ley 58/2003, de 17 de diciembre (BOE núm. 302, del 18), artículo 2.

(2) Ley 8/1989, de 13 de abril (BOE núm. 90, del 15), artículo 6.

(3) Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre (BOE núm. 236, de 1 de octubre), artículo 7.

(4) Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE núm. 59, del 9), artículo 20.1.

tiempo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, acabaría con aquel planteamiento. Nuestro Tribunal Constitucional halló en el presupuesto referido tales notas que impedían su incardinación mediante un instrumento no coactivo. En efecto, dijo el Tribunal Constitucional que los bienes que componen el demanio son de titularidad de los entes públicos territoriales y su utilización privativa o su aprovechamiento especial están supeditados a la obtención de una concesión o una autorización que corresponde otorgar exclusivamente a esos Entes. Existe, por tanto, una situación que puede considerarse de monopolio, ya que si un particular quiere acceder a la utilización o al aprovechamiento citados para realizar cualquier actividad debe acudir forzosamente a los mismos. La única alternativa que le cabe al particular para eludir el pago del precio es la abstención de la realización de la actividad anudada a la utilización o aprovechamiento del demanio, pero ya había dicho al respecto el propio Tribunal Constitucional que la abstención del consumo no equivale a libre voluntariedad de la solicitud.

Todo ello motivó la anulación de la parte del precepto definitorio referida a la utilización del dominio público.

La situación creada determinó la reordenación de las categorías, en la que intervinieron el Decreto-ley 2/1996, de 26 de enero⁵ (para dotar de cobertura legal a las prestaciones patrimoniales coactivas de titularidad estatal establecidas como precios públicos por normas reglamentarias); la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre⁶ (que modifica el concepto legal de tasa en el ámbito regional), y, sobre todo, la Ley 25/1998, de 13 de julio⁷. Mediante estos instrumentos se recuperó la situación anterior a 1989.

Todas las Administraciones titulares de bienes demaniales presentan un régimen similar.

El Estado-Administración central exige tasas por la ocupación de espacios de su titularidad. Sin ánimo exhaustivo pueden citarse las exacciones relativas a la utilización del dominio público aeroportuario; de aterrizaje; cánones por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario; cánones por ocupación de infraestructuras ferroviarias y por utilización de

(5) BOE núm. 24, del 27.

(6) BOE núm. 313, del 28.

(7) BOE núm. 167, del 14.

**LA TASA ERA EL ÁMBITO
TRADICIONAL DE
LA REMUNERACIÓN
POR LAS CESIONES DEL
ESPACIO DEMANIAL**

los andenes y terminales ferroviarios; cánones carreteros; la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico; tasas por utilización de espacios en museos y otras instituciones culturales; diversas figuras incardinadas en la legislación hídrica dotadas de esta naturaleza (canon de utilización de los bienes de dominio público hidráulico; canon de control de vertidos), así como en la legislación estatal relativa al litoral (tasa por la ocupación del dominio público marítimo terrestre; canon de vertidos); canon de superficie de minas y otros similares... De todas formas, el artículo 61 de la antes citada Ley 25/1998, de 13 de julio, estableció una tasa genérica por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público estatal que actuaría con carácter subsidiario. En suma, diversas leyes, sectoriales o no, establecen tasas por utilización del dominio público, cubriéndose la eventual omisión legal por una tasa genérica que sometería a gravamen cualquier ocupación no prevista de manera específica.

Lo mismo sucede en el nivel autonómico, en el que las Comunidades Autónomas exigen las tasas establecidas por sus respectivos parlamentos. Evitando pesadas recopilaciones, citaré como ejemplo las de mi Comunidad Autónoma. De la relación de tasas, dos de ellas presentan como presupuesto la utilización del dominio público regional: se trata de la tasa por ocupación de terrenos y utilización de bienes de dominio público y la tasa por ocupación temporal de vías pecuarias y montes de titularidad de la Comunidad Autónoma⁸.

En el ámbito local, las Corporaciones establecen las tasas de acuerdo con lo previsto en el TRLHL. La Ley estatal, además de fijar la definición sintética (*vid. supra*) enumera, sin carácter exhaustivo, un listado de supuestos⁹.

(8) Respectivamente, tasas números 8 y 33, de acuerdo con lo previsto en el anexo II de la Ley de las Cortes de Aragón 13/2005, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas en materia de tributos cedidos y tributos propios de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA núm. 154, del 31).

(9) Sacas de arena y de otros materiales de construcción en terrenos de dominio público local; construcción en terrenos de uso público local de pozos de nieve o de cisternas o aljibes donde se recojan las aguas pluviales; balnearios y otros disfrutes de aguas que no consistan en el uso común de las públicas; vertido y desagüe de canalones y otras instalaciones análogas en terrenos de uso público local; ocupación del subsuelo de terrenos de uso público local; apertura de zanjas, calicatas y calas en terrenos de uso público local, inclusive carreteras, caminos y demás vías públicas locales, para la instalación y reparación de cañerías, conducciones y otras instalaciones, así como cualquier remoción de pavimento o aceras en la vía pública; ocupación de terrenos de uso público local con mercancías, materiales de construcción, escombros, vallas, puntales, asnillas, andamios y otras instalaciones análogas; entradas de vehículos a través de las aceras y reservas de vía pública para aparcamiento exclusivo, parada de vehículos, carga y descarga de mercancías de cualquier clase; instalación de rejas de pisos, lucernarios, respiraderos, puertas de entrada, bocas de carga o elementos análogos que ocupen el suelo o subsuelo de toda clase de vías públicas locales, para dar luces, ventilación, acceso de personas o entrada de artículos a sótanos o semisótanos; ocupación del vuelo de toda clase de vías públicas locales con elementos constructivos cerrados, terrazas, miradores, balcones, marquesinas, toldos, paravientos y otras instalaciones semejantes, voladizas sobre la vía pública o que sobresalgan de la línea de fachada; tendidos, tuberías y galerías para las conducciones de energía eléctrica, agua, gas o cualquier otro fluido incluidos los postes para líneas, cables, palomillas, cajas de amarre, de distribución o de registro, transformadores, rieles, básculas, aparatos para venta automática y otros análogos que se establezcan sobre vías públicas u otros terrenos de dominio público local o vuelen sobre ellos; ocupación de terrenos de uso público local con mesas, sillas, tribunas, tablados y otros elementos análogos, con finalidad lucrativa; instalación de quioscos en la vía pública; instalación de puestos, barracas, casetas de venta, espectáculos, atracciones o recreo, situados en terrenos de uso público local así como industrias callejeras y ambulantes y rodaje cinematográfico; portadas, escaparates y vitrinas; rodaje y arrastre de vehículos que no se encuentren gravados por el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica; tránsito de ganados sobre vías públicas o terrenos de dominio público local; muros de contención o sostenimiento de tierras, edificaciones o cercas, ya sean definitivas o provisionales, en vías públicas locales; depósitos y aparatos distribuidores de combustible y, en general, de cualquier artículo o mercancía, en terrenos de uso público local; instalación de anuncios ocupando terrenos de dominio público local; construcción en carreteras, caminos y demás vías públicas locales de atarjeas y pasos sobre cunetas y en terraplenes para vehículos de cualquier clase, así como para el paso del ganado; estacionamiento

El presupuesto de las tasas por utilización del dominio público parece simple. Sin embargo, de las escasas palabras que emplea el legislador para fijarlo, o de lo que esconden esas palabras, puede extraerse una cierta riqueza de matices. Propondré un estudio del referido presupuesto en atención a los siguientes seis elementos que habrían de concurrir para la correcta exacción de la tasa:

- que los bienes utilizados o aprovechados sean de titularidad de una Administración pública;
- que los bienes utilizados o aprovechados sean bienes de dominio público y no bienes patrimoniales;
- que el dominio público utilizado o aprovechado sea de la Administración impositora;
- que la utilización sea “privativa” o el aprovechamiento “especial”;
- que se utilicen o aprovechen efectivamente o, al menos, que la utilización se encuentre autorizada, y
- que la utilización o el aprovechamiento beneficie al usuario.

Que las autoridades trasciendan este planteamiento tendrá efectos que habrá que diferenciar en función del caso concreto. En el plano normativo, la evasión del concepto legal de tasa que propone la LOFCA determinaría la inconstitucionalidad de la ley autonómica. O la superación del concepto legal recogido en el TRLHL supone la ilegalidad de la correspondiente Ordenanza Fiscal. Otra cosa sería la alteración del presupuesto de una tasa estatal mediante una Ley de las Cortes Generales que no se halla maniatada por disposiciones de igual rango. O los escasos ejemplos de tasas locales cuyos contenidos se hallan especificados por el propio TRLHL: pienso en las tasas por utilización del dominio público exigidas a los prestadores de ciertos servicios que deben enmarcarse en unos esquemas de la Ley estatal que van más allá de una forma de cuantificación.

En el plano aplicativo, la falta de concurrencia de alguno de estos elementos debiera suponer la anulación de la liquidación en todo caso. De todas formas, justo es reconocer que las autoridades cuya posición presentará mayor endeblez serán las locales.

La parte sustancial de este trabajo consistirá en el estudio singularizado de cada uno de estos seis elementos. El trabajo continuará analizando algunos otros elementos que, en ocasiones, se han considerado integradores del presupuesto de las tasas por utilización del dominio público, pero que, a mi parecer, no es así, siendo indiferente su concurrencia.

Finalmente, me referiré también a algunas previsiones legales expresas que excluyen o permiten excluir la exacción de tasas por utilización del dominio público en algunos casos.

de vehículos de tracción mecánica en las vías de los municipios dentro de las zonas que a tal efecto se determinen y con las limitaciones que pudieran establecerse.

II. LOS BIENES UTILIZADOS HAN DE SER DE TITULARIDAD DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los bienes utilizados o aprovechados han de ser públicos y no de titularidad privada.

Aunque la cuestión pudiera parecer no susceptible de conflictos, no ha sido así, produciéndose controversias que unas veces son de índole fáctica y otras de índole jurídica. Lo ilustraré con los siguientes cinco supuestos.

El primero de ellos se refiere a los espacios susceptibles de titularidad por una Administración pública. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Canarias, Las Palmas, excluyó la posibilidad de gravar la utilización del “vuelo”. Dicha sentencia estableció que no cabe predicar del “vuelo” otra cosa que la condición de *res communis omnium*, o “de *res nullius*”, respecto de la que las Corporaciones locales carecen de competencias o atribuciones tanto para su uso directo como para limitar el de los administrados. Esta sentencia fue casada por el Tribunal Supremo, mediante otra de 8 de febrero de 2000¹⁰. Para el Alto Tribunal, el vuelo sobre las vías públicas municipales no es una *res communis omnium*, o una *res nullius*, sobre la que la Corporación local carece de competencias o atribuciones, sino que forma parte del demanio municipal y es, por ello, que su utilización privativa o aprovechamiento especial puede ser objeto de prestación. En resumen, su utilización no siempre ha de referirse al suelo público, sino también al subsuelo e incluso el vuelo. Las exacciones afectaban a la instalación de soportes publicitarios.

El segundo de ellos también se refiere a las prestaciones exigidas por la instalación de soportes publicitarios. En este caso, se trataba de soportes meramente visibles desde el dominio público. A ello se enfrentó el TSJ de Valencia en varias resoluciones, como las fechadas en 20 de enero de 1995¹¹; 10 de abril de 1995¹², 23 de septiembre de 1996¹³ o 23 de abril de 1998¹⁴. Para la sala valenciana no existía justificación para gravar con una contraprestación la publicidad no instalada en el dominio público, sino simplemente visible o perceptible desde el mismo, por la sencilla razón de que en este caso no existe ocupación alguna del dominio, todo ello sin perjuicio de otras consideraciones que realiza y que ya resultan inútiles. En el mismo sentido, *cf.* la antes reseñada Sentencia del TSJ de Canarias, Las Palmas, de 2 de octubre de 1993.

El Tribunal Supremo, mediante sentencias como la fechada en 5 de mayo de 2000¹⁵, confirmó la doctrina del TSJ de Valencia, desestimando el recurso de casación presentado por la Corporación contra la Sentencia de 10 de abril de 1995.

(10) Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (en adelante, RJA), 779

(11) Revista Jurisprudencia Tributaria Aranzadi (en adelante, JT), 13.

(12) JT 509.

(13) JT 1177.

(14) JT 975.

(15) RJA 4482.

El caso es que la reforma en el régimen legal de las tasas operada en 1998 aparentemente cubría esta posibilidad, ya que contemplaba como uno de los supuestos de utilización del dominio público que permitía la exacción de tasas la “instalación de anuncios ocupando terrenos de dominio público local o visibles desde carreteras, caminos vecinales, y demás vías públicas locales”. De hecho, esto fue tenido en cuenta por tribunales, como la propia sala de Valencia. Para este tribunal, el legislador había querido expresamente incluir en el hecho imponible de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, la instalación de anuncios en dominio privado que sean visibles desde el dominio público; y ello en función de que, en este supuesto, se trata de una proyección de imágenes visualizadas o captadas en dominio público. Desde esta premisa —concluye—, no es cierto que con la tasa se grave el derecho a ver el anuncio, sino el hecho de que se vea desde el dominio público; y tampoco lo es, al contrario de lo que afirma la parte actora, de que como no existe ocupación del dominio público no nos hallaríamos ante el hecho imponible de la tasa, sino ante un impuesto por el ejercicio de una actividad (cfr. TSJ Valencia, Sentencia de 3 de julio de 2001¹⁶). En suma, estaba reconociendo la capacidad del legislador estatal para mutar la definición de las figuras tributarias.

No obstante ello, se presentaron por parte de algunos tribunales cuestiones de inconstitucionalidad contra ese precepto de la Ley de Haciendas Locales, lo que seguramente fue tenido en cuenta por el legislador que aprovechó la reforma llevada a cabo por la Ley 51/2002 para eliminar la citada indicación¹⁷.

El tercero de ellos se refiere a la regulación por parte de un Ayuntamiento de la instalación de antenas de telefonía móvil, previendo un canon de ocupación para los supuestos en que se realizase en terrenos de titularidad pública, pero también un canon de ocupación (sustancialmente más bajo) para los que se realizase en terrenos de titularidad privada. La Sentencia del TSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 30 de junio de 2003¹⁸ anuló el régimen económico-financiero de la Ordenanza, aunque las razones parecen un tanto sorprendentes: deficiencias técnicas al utilizar un concepto (el de canon) propio

**PORTADAS, ESCAPARATES
Y VITRINAS SE INSTALAN
EN TERRENOS DE
PROPIEDAD PARTICULAR,
LO QUE EXCLUYE DE RAÍZ
QUE EXISTA UTILIZACIÓN
PRIVATIVA DEL DOMINIO
PÚBLICO**

(16) JT 1833.

(17) Ley 51/2002, de 27 de diciembre (BOE núm. 311, del 28).

(18) JUR 2004\55183. Las referencias se corresponden con la base de datos westlaw, www.westlaw.es.

de la contratación administrativa, pero no de la hacienda local y vulneración del principio de igualdad.

El cuarto de los supuestos que vienen al caso afecta a ciertas instalaciones propias de establecimientos comerciales y bancarios en las que lo dudoso es la misma ocupación del espacio demanial: escaparates, mecanismos utilizables desde la vía pública, etc. Aunque habrá una segunda línea de conflicto acerca de la naturaleza del uso —y será analizado más adelante—, la mayor discute la propia utilización del espacio público.

Veamos en primer lugar algunos casos relativos a las exacciones exigidas por instalación de portadas, escaparates y vitrinas, supuesto tradicional en la hacienda local. El TSJ de Asturias, Sentencia de 10 de abril de 2000¹⁹, anula la prestación por escaparates exigida a un despacho en local de Agente de la Propiedad Inmobiliaria: resultaba que el escaparate del local no sobresalía de la línea teórica formada por la fachada de los edificios de la vía pública, sino que se separaba de ésta progresivamente. El Tribunal recuerda que estas tasas exigidas tradicionalmente en cuanto expresión de publicidad, al exponer los servicios y ocupación de espacio público por los posibles destinatarios, y mencionadas expresamente en las viejas normativas de Hacienda Local, hoy por hoy deben quedar circunscritas a la ocupación de una porción del dominio público. Un asunto similar fue resuelto por el Tribunal Supremo, en recurso de casación presentado contra Sentencia del TSJ de Canarias, Las Palmas, de 30 de julio de 1998, casación admitida por la incongruencia omisiva del tribunal de instancia, que no entró en el fondo del problema. Se trata de la Sentencia de 28 de abril de 2004²⁰. En la contestación a la demanda, el Ayuntamiento apuntaba que las portadas, escaparates y vitrinas, así como los rótulos y carteles se instalan y tienen vistas hacia el dominio público, por cuanto todas ellas se instalan o están orientadas hacia calles o paseos de tal calificación, obteniendo de este modo el beneficio de una publicidad gratuita de los productos que se exponen por la concurrencia habitual de público en tales lugares. Pero el Alto Tribunal no compartía el razonamiento, señalando que es patente que portadas, escaparates y vitrinas se instalan en terrenos de propiedad particular, lo que excluye de raíz que exista utilización privativa del dominio público. El hecho de que las portadas, escaparates y vitrinas sean vistas desde el dominio público no configura un aprovechamiento “del” dominio público, sino “desde” el dominio público. A la vista de todo ello, anuló la Ordenanza Fiscal.

Ahora bien, la reforma llevada a cabo por la Ley 25/1998 introdujo entre la enumeración de posibles tasas por utilización del dominio público la referencia tradicional a las “portadas, escaparates y vitrinas”. Por ello, alguna jurisprudencia considera que esta doctrina ha quedado superada (cfr. Sentencia del TSJ de Madrid de 1 de abril de 2005²¹).

Los mayores conflictos se han producido, no obstante, entre entidades financieras y ayuntamientos, en torno a la exigencia de la prestación por ocupación de la vía pública con

(19) JT 967.

(20) RJA 2767.

(21) JT 1146.

ocasión de la instalación de cajeros automáticos dispuestos con frente directo a la vía pública en vía de fachada. De todas formas, sería extrapolable a muchas otras situaciones. El TSJ de Cataluña, Sentencia de 7 de julio de 2000²², acepta la imposición de una prestación por utilización de dominio público en este supuesto: el Tribunal entiende que, aunque la instalación se halle efectivamente en el interior, los servicios bancarios se realizan con aprovechamiento de un espacio exterior en la propia vía pública, por lo que es legítima la imposición. El TSJ de Madrid explica así la situación: el cajero automático instalado en la fachada de un establecimiento bancario no ocupa la vía pública; pero también es de advertir lo peculiar del servicio que realizan estas máquinas, por ejemplo, para obtener dinero: éste se expende desde el interior del edificio, pero se recibe en la vía pública; y tanto la expedición como la recepción pertenecen al mismo servicio, como también el manejo de la máquina con la tarjeta y el accionamiento de los mecanismos de aquélla, de tal manera que si no hubiera esa actividad callejera no habría servicio (Sentencias del TSJ de Madrid de 6 de febrero de 2004²³, 7 de diciembre de 2004²⁴, 1 de abril de 2005²⁵ y 13 de mayo de 2005²⁶). La Sentencia de 1 de abril de 2005 advierte de la sustancial diferencia que existe entre este supuesto y el correspondiente a las tasas por “portadas, escaparates y vitrinas”: la instalación del cajero automático implica una utilización física del dominio público, ya que el cajero no se utiliza con su mera “visión”, sino que exige la parada física durante un espacio de tiempo, aunque sea breve, ante él para realizar las oportunas operaciones, de manera que no sólo se usa “desde” el dominio público, sino también “en” el dominio público, aunque se encuentre físicamente instalado en la pared del banco. En definitiva, lo instalado en la pared o muro de la entidad bancaria es el cajero físico, pero no su uso, que tiene lugar dentro del dominio público, al menos en parte; su instalación no lo es para ser visto, sino para ser utilizado. De ahí que, en cualquier caso, no le sería de aplicación la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2004. Téngase en cuenta que en la enumeración que realiza el TRLHL no figura en particular este caso, detalle importante a la vista de supuestos que examinaré *infra*.

También acepta estos planteamientos el TSJ de Castilla-La Mancha (cfr. Sentencias de 20 de septiembre de 2004²⁷ o 17 de enero de 2005²⁸, entre otras).

Y el quinto y último de los casos agrupados no trata tanto de si se está ocupando o no un espacio de titularidad pública, sino del momento en que ese espacio ha pasado a la titularidad de la Administración. La discusión sobre ese momento arrastrará al que fija desde cuándo podían exigirse tasas. La cuestión afecta, en obras de urbanización, a la cesión de viales a los Ayuntamientos.

(22) JT 1296.

(23) JT 1212.

(24) JT 2005, 389.

(25) JT 1146.

(26) JT 1152.

(27) JUR 2004\264259.

(28) JUR 2005\37928.

Éste era el objeto de la Sentencia del TSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 12 de julio de 1994²⁹. La empresa demandante fundamenta su impugnación en el carácter privado de los terrenos ocupados de una urbanización cuyos servicios y viales no han sido recibidos por la Administración Municipal. La sala desestimará el recurso en el entendimiento de que la aprobación del proyecto de compensación produce *ex lege* la cesión obligatoria y gratuita de los terrenos sobre cuya ocupación se discute, por lo que su utilización por personas o entidades a cuyo favor se otorguen licencias o autorizaciones genera la obligación de pago.

En sentido contrario se había pronunciado la Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de enero de 1993. Se había recurrido contra liquidaciones giradas por el Ayuntamiento de Alcobendas en concepto de tasa de carruajes en la urbanización “La Moraleja”. Se alegaba que la red viaria de la esa Urbanización era de propiedad privada, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, y su aprovechamiento por el actor lo es en virtud de servidumbre de paso de la que es titular. Se dijo asimismo que al no existir bien público aprovechado, no se da el servicio específico que configura el hecho imponible del que nace la posible relación tributaria. La sentencia estimó el recurso contencioso-administrativo y, en su consecuencia, anuló la liquidación tributaria a la que antes se ha hecho referencia. Declaró el TSJ que la determinación de la titularidad dominical de los viales sobre los que se reserva el espacio para el paso de carruajes es presupuesto inexcusable para valorar la legalidad de la tasa, pues sólo cabe su establecimiento respecto de aquellos viales que sean propiedad del Ayuntamiento de la imposición. Asimismo puso de manifiesto que aunque en los Estatutos de la Entidad de Conservación de la misma se reconozca que los terrenos tienen “el carácter de dominio de uso público”, del examen del conjunto de los Estatutos no puede deducirse que los viales de la zona tengan la cualidad de bienes demaniales. A continuación, la sentencia destaca el contenido de determinados preceptos de los referidos Estatutos, conforme a los cuales las obras de urbanización y los bienes y servicios que forman parte de su equipamiento constituyen servidumbres en favor de los propietarios de terrenos del polígono, constituyendo el derecho al uso de los caminos y viales una servidumbre predial positiva aneja a cada parcela que grava la parcela destinada a red viaria. También pone de relieve la Sala de instancia que en el Registro de la Propiedad aparece inscrita la finca que integra los viales de las distintas zonas de “La Moraleja” en favor de la Mercantil promotora de la urbanización, y como predio sirviente respecto a las demás fincas de la zona, por la servidumbre de paso y circulación de personas y vehículos, instalación de alumbrado con sus tendidos de líneas aéreas y subterráneas y conducciones de agua, con sus canalizaciones y desagües. No habiendo quedado acreditada la titularidad dominical en favor del Ayuntamiento entiende la Sala que no cabe exigir a los propietarios de los terrenos colindantes tasa alguna por el espacio reservado para la entrada de carruajes a los mismos.

La sentencia anteriormente comentada del TSJ de Madrid fue casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1996³⁰, dictada en interés de ley. En el escrito

(29) JT 892.

(30) RJ 3671.

de formalización del recurso de casación la representación del Ayuntamiento señala la doctrina del TSJ como gravemente dañosa y errónea en cuanto viene a sancionar la posibilidad de existencia de viales privados, exentos de las potestades públicas de policía urbana y tributaria, en contra de lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos urbanísticos que imponen su cesión obligatoria a la Administración y su transmisión a ésta por ministerio de la ley como consecuencia de la aprobación definitiva de la reparcelación, preceptos de Derecho necesario sobre los que no puede prevalecer norma estatutaria alguna, ni acuerdo particular de ninguna Junta o Asamblea de propietarios. El Alto Tribunal consideró que, en efecto, la transmisión al Municipio correspondiente, en pleno dominio y libre de cargas, de todos los terrenos de cesión obligatoria se produce por el ministerio de la ley desde el momento de la aprobación definitiva de la reparcelación, por lo que el Ayuntamiento ostentaba la potestad de exigir la tasa referencia.

Años después, el propio TSJ de Madrid, Sentencia de 5 de abril de 2000³¹, desestimó el recurso interpuesto contra la liquidación de tasas por badenes respecto a una vivienda unifamiliar habiendo alegado la recurrente que el Ayuntamiento no había cumplido con la dotación a la urbanización de los correspondientes viales y servicios públicos y no había recepcionado la misma, por lo que no cabía hablar de dominio público respecto de las parcelas de suelo sobre el que se extiende la urbanización. El TSJ considera que los viales son de uso público, lo que no se desvirtúa porque no se hayan llevado a cabo totalmente las obras de urbanización, toda vez que el Ayuntamiento presta determinados servicios públicos y función de policía.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, Valladolid, dictó Sentencia de 22 de mayo de 1998 estimatoria del recurso deducido por una mercantil en relación con liquidaciones giradas por el Ayuntamiento de Salamanca en concepto de prestaciones por instalación de vallas y ocupación de suelo público con una grúa. El tema central era el de si la liquidación es exigible desde que se produce la aprobación por el Pleno Municipal del Plan de Compensación, para la ejecución de la urbanización, o si hace falta, además, un acto de afectación o, como también es denominado, de aprensión por el Municipio. La empresa entendía que, faltando este acto, era improcedente la imposición de la tasa, aceptando sus tesis la Sala. El Ayuntamiento de Salamanca presentó recurso de

**LA INSTALACIÓN
DE UN CAJERO
AUTOMÁTICO IMPLICA UNA
UTILIZACIÓN FÍSICA
DEL DOMINIO PÚBLICO**

(31) JT 1581.

casación para la unificación de doctrina, siendo estimado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2003³². Para el Alto Tribunal, la transmisión a la Administración correspondiente, en pleno dominio y libre de cargas, de todos los terrenos de cesión obligatoria tendrá lugar por ministerio de la Ley con la aprobación definitiva del proyecto de compensación. El condicionamiento de la efectividad de este precepto a que la vía hubiese sido abierta al público o, alternativamente, que la Administración hubiese realizado un acto de afectación al patrimonio municipal, o en otros términos, un acto de aprensión, carece de fundamento a la vista de los términos utilizados por la disposición citada.

La misma Sala de Valladolid, había dictado Sentencia de fecha 29 de mayo de 1998, estimatoria del recurso deducido por una empresa constructora en términos similares a los expuestos, sólo una semana antes y en relación también con el mismo Ayuntamiento. Presentado también recurso de casación para unificación de doctrina por el Ayuntamiento de Salamanca, ahora el Tribunal Supremo no lo estimará. Se perseguía la fijación de doctrina en orden a determinar a partir de qué momento podían exigirse tasas por utilización de dominio público sobre viales cedidos a la Corporación en el marco de actuaciones urbanísticas. Si a partir de la aprobación definitiva del proyecto de compensación o a partir del acto de afectación y apertura al público. En el caso objeto de la sentencia recurrida habían pasado tres años entre una y otra fecha. El Tribunal Supremo considera esta vez más acertada la segunda de las tesis. Se trata de la Sentencia de 24 de febrero de 2004³³. Señaló el Alto Tribunal que si bien, a los efectos urbanísticos antes aludidos, las formalidades que llevan consigo la transmisión *ope legis* de las superficies objeto de cesión, extraen del patrimonio del cedente los bienes y éste pierde cualquier capacidad de disposición sobre ellos, la posibilidad de establecer exacciones de cualquier clase por parte del Ayuntamiento está subordinada al efectivo y material ingreso en el dominio municipal de los viales, zonas verdes, etc.; cuestión de hecho sometida a la prueba y en su caso a la existencia del “hecho notorio” de que, concluidas las obras correspondientes, los terrenos están ya destinados al uso público previsto y su ocupación, uso exclusivo o excluyente por un tercero legitima el establecimiento y cobro de exacciones, dirigidas a compensar ese beneficio individual frente al derecho de quienes integran el común de los vecinos, cuando, además, el municipio se ha hecho efectivo cargo de las obligaciones de conservación a las que ha de atender económicamente –al menos en parte– con esas percepciones.

La contradicción parece manifiesta.

III. LOS BIENES UTILIZADOS O APROVECHADOS HAN DE SER DE DOMINIO PÚBLICO Y NO BIENES PATRIMONIALES

Cualquier definición de tasa por utilización o aprovechamiento de espacios públicos se ha vinculado siempre a aquéllos cuyo régimen jurídico es el propio de los bienes de dominio público o demaniales.

(32) RJA 5385.

(33) RJA 2005, 2586.

Nuestra propia Constitución señala en el artículo 132.2 que son bienes de dominio público los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Serán pues las Leyes las que definan la naturaleza de los bienes públicos. En este sentido resulta especialmente relevante la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas³⁴ (en adelante, LPAP), aplicable en lo que a continuación señalaré no sólo a la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma, sino también a las Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas.

Pues bien, por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales. Son bienes de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales. Son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales. La legislación a tener en cuenta es muy variada (aguas, costas, puertos y aeropuertos, ferrocarriles, carreteras y caminos, vías pecuarias, minas, montes, telecomunicaciones, etc., todo ello sin descuidar al propio Código Civil).

A veces resulta compleja la distinción, tal y como podremos comprobar, a la vista de la amplitud del espacio ocupado por el contribuyente. Pero, fuera de eso, con cierta frecuencia se imponen tasas por la utilización de ciertos elementos patrimoniales que, de antemano, dejan ver que no son de dominio público, en particular en el ámbito local. Desde fincas propiedad (privada) de los Ayuntamientos a mobiliario, maquinaria, instalaciones, etc. Trata de justificarse esto alegando que aun aceptando que la utilización de los bienes patrimoniales no está contemplada como presupuesto de las tasas, ese concepto podría subsumirse en una genérica “prestación de servicios”, lo que salvaría la legalidad de estas figuras, reconducidas a la otra subespecie de las tasas.

Existen resoluciones jurisprudenciales que no avalan estas ideas y mantienen la tesis de la nulidad de semejantes tasas.

En relación con lo más arriba señalado, conviene comenzar reseñando la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 14 de junio de 2003³⁵ y de 5 de julio de 2003³⁶) en orden a ajustar tasas como las exigidas por Ayuntamientos madrileños a la Empresa pública Canal de Isabel II por la utilización del dominio público municipal para canalizaciones y depósitos de agua. Parte de las instalaciones hídricas discurrían sobre terrenos no demaniales, sino patrimoniales, y el Tribunal ordenó la reducción proporcional de las liquidaciones.

(34) BOE núm. 264, del 4.

(35) RJA 5374.

(36) RJA 5384.

Otro supuesto reseñable es el resuelto por la Sentencia del TSJ de Asturias de 23 mayo de 2002³⁷, que se refiere a las tasas que exigía un Ayuntamiento por la utilización de bienes que se desafectaron. Según el TSJ, la desafectación convierte al bien de dominio público en bien patrimonial, produciéndose una cierta conversión que se concreta de modo especial en un cambio de propiedad demanial en propiedad dominical, por cuya ocupación o utilización podrá y deberá, evidentemente, exigir una contraprestación o precio, pero no podrá exigir contraprestación alguna ni en concepto de tasa (ya que ya no hay dominio público), ni canon pues éste tiene la consideración de compensación concesional y ésta no puede darse.

Y concluiré con la Sentencia del TSJ de Extremadura de 30 abril de 2001³⁸, que resuelve un litigio en torno al canon por ocupación de terrenos patrimoniales del Ayuntamiento por un particular con la instalación de colmenas. El TSJ defiende que lo pretendido por la Corporación por esa utilización debe reclamarse no por la vía administrativa y con los poderes propios de esta actividad, sino por la vía de la reclamación correspondiente acudiendo a la protección de los tribunales del orden civil.

IV. HA DE TRATARSE DEL DOMINIO PÚBLICO DE LA ADMINISTRACIÓN IMPOSITORA

La ocupación del dominio público habilitará para la exacción de tasas cuando se trate de bienes de la Administración impositora.

Como ya se vio, la propia Constitución asigna directa y expresamente algunas categorías genéricas de bienes de dominio público al Estado (los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental). Descartando una interpretación muy determinada, el Tribunal Constitucional ha señalado que dicho precepto no significa que todo bien que se integre en el demanio deba considerarse de la titularidad del Estado (Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre). En efecto, leyes estatales demanializan espacios y los asignan a la titularidad estatal, pero, como consta en los Estatutos de Autonomía y en la legislación estatal de régimen local, también queda un lugar para el dominio público regional y local.

Pues bien, cada Administración podrá imponer tasas por la utilización de los bienes demaniales que le son asignados o, dicho de otra manera, las Administraciones no pueden gravar la utilización o aprovechamiento de bienes demaniales de otras Administraciones.

(37) JT 971.

(38) JT 1105.

Aunque este elemento podría parecer obvio, lo cierto es que con alguna frecuencia se imponen tasas por ocupación de espacios que no les pertenecen. Veamos algunos ejemplos.

La Sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 10 de mayo de 1999³⁹ anula tasas por utilización del dominio público de un chiringuito situado en la desembocadura de un barranco, con fundamento en que se trata del dominio público hidráulico y no del local. Con parecido fundamento, pero en el ámbito del dominio público marítimo-terrestre, la Sentencia del TSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 27 de enero de 1995⁴⁰. Se trataba de una carpa-bar, ocupando en parte una zona de playa, en otra parte una porción de la calle en proyecto según los instrumentos urbanísticos señalados y de aplicación, y en otra parte una parcela destinada a edificación. Dice el Tribunal que la liquidación no puede girarse ni abarcar la ocupación de la playa; en efecto, la prestación, como ingreso municipal, puede establecerse por “la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local”, supuesto que con relación a la parte indicada no se da, ya que la zona marítimo-terrestre, riberas del mar y playas son bienes de dominio público, pero de titularidad estatal, a tenor de lo establecido en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas⁴¹, y en consecuencia sólo es el Estado el que puede percibir este ingreso, pero no los municipios, salvo que haya existido una concesión de su aprovechamiento en favor de los mismos –lo que no se había demostrado en el caso de autos–, en cuyo caso podría plantearse el tema de si el Ayuntamiento tendría derecho a su exigencia. O la Sentencia del TSJ de Cataluña, de 6 de abril de 2000⁴², que anula una tasa municipal por ocupación de playas exigida por varar una embarcación en la playa más de un día, teniendo en cuenta que no es dominio público municipal, sino, en todo caso, estatal.

Como apuntaba la Sentencia del TSJ de Canarias, la legislación estatal de Costas señala situaciones en las que los Ayuntamientos podrían explotar el dominio público marítimo-terrestre, exigiendo en su caso tasas. Así, el artículo 53 de dicha Ley previene que las autorizaciones cuyo objeto sea la explotación de servicios de temporada en las playas, que sólo requieran instalaciones desmontables, serán otorgadas a los Ayuntamientos

(39) JT 995.

(40) JT 48.

(41) BOE núm. 181, del 29.

(42) JT 1472.

**CADA ADMINISTRACIÓN
PODRÁ IMPONER TASAS
POR LA UTILIZACIÓN DE
LOS BIENES DEMANIALES
QUE LE SON ASIGNADOS**

tos que lo soliciten, en la forma que se determine reglamentariamente. También podrían obtener la concesión demanial para ocupar el espacio con obras o instalaciones no desmontables y explotarlo luego a través del sistema de gestión directa o indirecta que consideren adecuado.

Alrededor de este problema se plantean ocasionalmente dificultades para determinar la titularidad de ciertos bienes. Cfr. la Sentencia del TSJ de Aragón de 31 marzo de 2001⁴³ relativa a las tasas establecidas por un Ayuntamiento en concepto de aprovechamiento especial de Monte Público, como dominio esquiable (se fijaba un importe por cada día de uso/persona y otro por abono de temporada).

V. EL USO DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL DEBE SER “PRIVATIVO” O EL APROVECHAMIENTO “ESPECIAL”

La utilización del dominio público que permitiría la exacción de tasas se liga al “uso privativo” del mismo o a su “aprovechamiento especial”. Esto es, cualquier uso no puede conllevar la imposición de una tasa y en particular no podría exigirse por un uso común de los bienes del dominio público, es decir, el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados.

Los términos uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público no se hallan definidos por la normativa tributaria, debiendo entenderse conforme a su sentido jurídico, porque –parafraseando a la Ley General Tributaria– es lo que procede. El profesor SIMÓN ACOSTA señalaba que la restricción de uso en que se fundan estas tasas sería más amplia que los supuestos de uso especial e incluiría algunos casos de uso común general libre, pero escaso⁴⁴. Yo defenderé la identidad de significados entre el concepto administrativo de uso común especial y el tributario de aprovechamiento especial. Pero, en realidad, las diferencias materiales serán imperceptibles, a la vista de un concepto jurídico de uso común especial que, como vamos a ver, cubre las situaciones a las que se refería SIMÓN.

A los tipos de uso de los bienes de dominio público se refiere el artículo 85 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en cuanto a los bienes destinados al uso general. Bien es cierto que se trata de un artículo que no tiene carácter de básico. El uso privativo del dominio público supone que ese uso limita o excluye la utilización por otros interesados. El uso que determina un aprovechamiento especial del dominio público no impide el uso común, pero supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste.

(43) JT 1761.

(44) SIMÓN ACOSTA, E.: *Las tasas de las entidades locales (el hecho imponible)*, Aranzadi, 1999, pág. 42

Dado que el concepto que ofrece la Ley estatal no se considera básico, es conveniente repasar lo que aparece en la legislación regional reguladora del patrimonio de las respectivas Comunidades Autónomas. Lo primero que se observa es que la mayoría de las Comunidades Autónomas no marcan la distinción entre bienes de uso público y de servicio público, a los efectos de vincular la clasificación de los usos a los primeros. Sólo las normativas de Madrid y Navarra realizan el apunte, aunque con cierta tibieza⁴⁵. A partir de esta consideración, hay Comunidades Autónomas que han prescindido de las definiciones (Castilla-La Mancha, Extremadura y el País Vasco⁴⁶).

La definición que de uso común especial proporciona la Ley estatal resulta matizada en los siguientes términos:

- en numerosas leyes regionales falta la referencia a la escasez de los recursos (Andalucía⁴⁷; Aragón⁴⁸; Canarias⁴⁹; Cataluña⁵⁰; Galicia⁵¹ y Navarra⁵²);
- en todas falta la referencia a la rentabilidad singular en el uso de los recursos como criterio para considerar que el uso es especial y no general (Andalucía⁵³; Aragón⁵⁴; Astu-

(45) Ley de la Asamblea de Madrid 3/2001, de 21 de junio, reguladora del Patrimonio de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 156, de 3 de julio), artículo 28.3; Ley Foral de Navarra 17/1985, de 27 de septiembre, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Foral de Navarra (BON núm. 119, de 2 de octubre), artículo 52.

(46) Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 6/1985, de 13 de noviembre, reguladora del Patrimonio de la Comunidad de Castilla-La Mancha (DOCM núm. 48, de 3 de diciembre); Ley de la Asamblea de Extremadura 2/1992, de 9 de julio, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE núm. 59, del 28); Ley del Parlamento vasco 14/1983, de 27 de julio, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV núm. 117, de 6 de agosto).

(47) Ley del Parlamento de Andalucía 4/1986, de 5 de mayo, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma (BOJA núm. 40, del 9), artículo 30.3.

(48) Decreto-legislativo 2/2000, de 29 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA núm. 77, del 30), artículo 20.2.

(49) Ley del Parlamento de Canarias 8/1987, de 28 de abril, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma (BOC núm. 56, de 4 de mayo), artículo 58.1.

(50) Decreto legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cataluña (DOGC núm. 3791-A, del 31), artículo 27.

(51) Ley del Parlamento de Galicia 3/1985, de 12 de abril, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma (DOG núm. 78, del 24), artículo 50.

(52) Ley citada, artículo 54.

(53) Ley y artículo citados.

(54) Ley y artículo citados.

rias⁵⁵; Baleares⁵⁶, Canarias⁵⁷; Cantabria⁵⁸; Castilla y León⁵⁹; Cataluña⁶⁰; Galicia⁶¹; Madrid⁶²; Murcia⁶³; La Rioja⁶⁴; Navarra⁶⁵ y la Comunidad Valenciana⁶⁶);

– en muchas de ellas se añade como circunstancia relevante la “multiplicidad de uso” (Andalucía, Aragón, Baleares, Cantabria, Castilla y León, Murcia y Comunidad Valenciana⁶⁷), y

– en las normas de Aragón, Baleares y Murcia no aparece la cláusula analógica que permite la extensión de la definición cuando se den otras circunstancias, pero que sean semejantes.

Respecto de la definición del “uso privativo” del dominio público, las diferencias son menores, aunque sí se encuentran variantes. Así por ejemplo, las leyes andaluza y cántabra lo definen como el que origina una ocupación de bien intensa y tendente a permanecer, de forma que se impida su libre uso a otras personas⁶⁸. Un grupo numeroso de leyes emplean la expresión “utilización individualizada” (Aragón, Asturias, Baleares, Murcia, La Rioja y la Comunidad Valenciana⁶⁹). Castilla y León utiliza la fórmula “ocupación individualizada y minoritaria del bien”⁷⁰. Finalmente, Galicia realiza la distinción entre usos normales y anormales⁷¹.

(55) Ley del Parlamento de Asturias 1/1991, de 21 de febrero, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma (BOPA núm. 55, de 3 de marzo), artículo 88.

(56) Ley del Parlamento de las Islas Baleares 6/2001, de 11 de abril, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma (BOIB núm. 49, del 24), artículo 88.

(57) Ley y artículo citados.

(58) Ley de la Asamblea Regional de Cantabria 7/1986, de 22 de diciembre, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma (BOC núm. 14, de 20 de enero de 1987), artículo 63.3.

(59) Ley de las Cortes de Castilla y León 6/1987, de 7 de mayo, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma (BOCL núm. 63, del 8), artículo 22.1.

(60) Ley y artículo citados.

(61) Ley y artículo citados.

(62) Ley citada, artículo 31.

(63) Ley de la Asamblea de Murcia 3/1992, de 30 de julio, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma (BORM núm. 189, de 14 de agosto), artículo 32.3.

(64) Ley del Parlamento de La Rioja 11/2005, de 19 de octubre, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma (BOLR núm. 141, del 25), artículo 80.

(65) Ley y artículo citados.

(66) Ley de las Cortes valencianas 14/2003, de 10 de abril, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma (DOGV núm. 4479, del 11), artículo 58.

(67) Vid. Leyes y artículos citados.

(68) Leyes citadas, respectivamente artículos 31 y 65.

(69) Leyes citadas, respectivamente artículos 21, 89, 22, 34, 81 y 59.

(70) Ley citada, artículo 22.2.

(71) Ley citada, artículo 51.

En el ámbito local, y dejando al margen las normas autonómicas reguladoras del régimen local, La Ley de Bases de Régimen Local⁷² se limita a considerar como bienes demaniales los de uso o servicio público, siendo el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales el instrumento normativo que contiene esta cuestión⁷³. El artículo 74 del Reglamento aclara que a continuación se va regular la utilización de los bienes de dominio y uso público, rigiéndose el uso de los bienes de servicio público por las normas del Reglamento de Servicios de las Entidades locales (y subsidiariamente por las del presente). El artículo 75 del Reglamento de Bienes distinguirá entre uso común y uso especial, y también distingue entre uso normal y uso anormal, siendo criterios clasificatorios complementarios. Hay uso común general cuando no concurren circunstancias singulares. Hay uso común especial si concurren circunstancias de este carácter por la peligrosidad, intensidad del uso o cualquiera otra semejante. Y hay uso privativo cuando se ocupa una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados.

Aunque muchos supuestos de uso del dominio público presentan una calificación muy clara, la indeterminación de los conceptos hará que un escenario de conflicto será aquél en el que la Administración sostenga que el uso del dominio público sea común especial y el usuario entienda que el uso es común general y, por lo tanto, gratuito. Así, parecería claro considerar uso general caminar por las vías urbanas, acceder a pie a las viviendas e incluso circular con vehículos y aparcar. A partir de aquí, la calificación de cualquier uso –incluso algunos de los enumerados, en ciertas circunstancias– puede ser discutible. Podríamos considerar usos especiales, en las vías urbanas, el derecho de vado (acceso al interior de las fincas con vehículos; acceso vehicular por vías peatonales; instalación de terrazas y veladores en vías públicas; aparcamiento en las llamadas zonas azules; etc.; utilización del subsuelo y vuelo en la práctica totalidad de los casos,...) Que las definiciones legales, como hemos visto, no sean coincidentes, es un problema. Mientras la definición que utiliza la LPAP es amplísima, a la vista de las circunstancias que determinan la especialidad del uso (por ejemplo, la escasez del bien o la rentabilidad para el usuario), algunos conceptos regionales se contraen a lo mínimo, evi-

**HAY USO PRIVATIVO
CUANDO SE OCUPA UNA
PORCIÓN DEL DOMINIO
PÚBLICO, DE MODO QUE
LIMITE O EXCLUYA
LA UTILIZACIÓN POR
LOS DEMÁS INTERESADOS**

(72) Ley 7/1985, de 2 de abril (BOE núm. 80, del 3), artículo 79.

(73) Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (BOE núm. 149, del 23).

tando incluso la referencia a otras circunstancias similares o semejantes que permitan calificar el uso común de especial y no general.

A la hora de fijar el presupuesto de la tasa no es necesario perseverar en la también delgada línea de separación entre el uso común especial y el uso privativo del dominio público, si bien la distinción sí sería relevante en relación con otros elementos configuradores del tributo (como los de cuantificación). Tampoco es relevante a estos efectos la calificación del uso como normal o anormal.

Antes de examinar algunos supuestos concretos, querría realizar alguna consideración acerca de los bienes afectos al servicio público. En tanto en cuanto los bienes están vinculados a los diversos servicios públicos, parece lo correcto sustraer la regulación de su utilización de la correspondiente normativa patrimonial. Pero la utilización de estos espacios públicos —singularmente edificios administrativos— como soporte para instalaciones accesorias cuya titularidad es de terceros (a lo que se refiere la LPAP) o su explotación fuera del tiempo propio de la actividad administrativa, de ser remunerada, la naturaleza jurídica de la prestación por su ocupación ha de ser la de una tasa.

En ocasiones, el contribuyente no discute que se ocupe un espacio público o la naturaleza jurídica del espacio ocupado. Lo que se niega es que la ocupación vaya más allá de un uso general no susceptible de imposición. Ilustraré el problema con tres grupos de asuntos que han sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

En primer lugar, sobre la posibilidad de imponer un gravamen por la publicidad repartida a mano y carteles de mano entregados en dominio público y la propaganda arrojada. Ello fue objeto de la antes citada Sentencia del TSJ de Valencia de 20 de enero de 1995⁷⁴. Al parecer de la Sala, estas actividades debían englobarse dentro de lo que tradicionalmente se ha considerado como uso general, pues el acto de repartir publicidad en mano en la vía pública en modo alguno impide uso al resto de los ciudadanos, ni implica *per se* una situación de peligrosidad, intensidad, escasez o rentabilidad que especialice el uso. Esta doctrina queda corroborada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2000, ya citada⁷⁵.

En segundo lugar, sobre la naturaleza del uso de caminos municipales realizado por industrias madereras, que ha dado lugar a varios pronunciamientos por parte del TSJ de Asturias, todos en la misma línea (cfr. por todas Sentencia de 23 de mayo de 2000⁷⁶ y, por citar una mucho más reciente, la de 3 de junio de 2005⁷⁷). La Sala entiende ajustada a derecho la imposición de la tasa: justifica el carácter especial y no común de la utilización de caminos municipales para el transporte de maderas procedentes de la tala de montes en que muchos caminos no están preparados para este aprovechamiento especial y otros

(74) JT 13.

(75) RJA 4482.

(76) JT 1454.

(77) JUR 2005\187850.

son contruidos precisamente con este exclusivo fin. Ha dicho este Tribunal que se da el presupuesto de hecho de las tasas, a saber: primero, hay un aprovechamiento especial del dominio público, lo que se pone de manifiesto al utilizarlos para el transporte de madera; segundo, ese aprovechamiento supone una restricción en el uso del dominio público que puede verse manifestado en una utilización especial y no normal de esos caminos; tercero, existe un elemento de conexión o la razón de imputar el coste al sujeto pasivo reside en el hecho de que éste tiene un interés especial; cuarto, que ese interés se manifiesta en un beneficio que puede ser cuantificable; quinto, hay que tener en cuenta que en toda tasa la obligación del pago se conecta directamente con la concesión de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público y ello es así porque a diferencia del uso común general de los bienes de dominio público que es libre tanto el uso común especial como el uso privativo, sea normal o anormal, están sometidos a la previa autorización mediante licencia o concesión de conformidad con el artículo 78 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, autorización que en el caso de autos está prevista en los términos de la Ordenanza recurrida. En el mismo sentido, el TSJ de Galicia. cfr. Sentencia de 12 de febrero de 1999⁷⁸).

En tercer y último lugar, volvemos a los supuestos relativos a la instalación de cajeros automáticos con fachada a la vía pública, pues, de manera subsidiaria, se discutirá que, en su caso, la utilización no es privativa ni el aprovechamiento especial.

Resumo primero la doctrina expuesta por el TSJ de Madrid, en las sentencias que ya han sido citadas *supra*. Pues bien, una de las razones aducidas por el contribuyente era que no había verdadera utilización o aprovechamiento especial de un reducido espacio de la vía pública en el brevísimo tiempo que dura el servicio del cajero; tiempo que no difiere esencialmente del de los simples transeúntes que hacen un uso colectivo y general de la vía pública. No comparte la Sala este criterio, señalando que si no hubiera esa actividad callejera no habría servicio, en el cual se utiliza el dominio público para algo bien distinto del uso general colectivo de la vía pública o del mero deambular. El Tribunal aprecia que existe un aprovechamiento especial, que negarlo sería negar la evidencia y que ese aprovechamiento especial no es confundible con el uso general colectivo de la vía pública.

El TSJ de Cataluña introduce un interesante matiz: la entidad de crédito indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que realiza en espacio de dominio público local, mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad y que traslada a la vía pública el desarrollo de los servicios que habrían de ser realizados en el interior. Tratándose, por tanto, de un servicio económico del que el banco obtiene el consiguiente provecho y ventaja, que se presta en línea de fachada, hacia el exterior, que permite atender al público que deambula por la acera, y siendo en la propia vía pública donde se presta dicho servicio, hay que concluir que se produce una utilización privativa de bienes del dominio público local (cfr. Sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de julio de 2000⁷⁹ y en el mismo sentido otra más reciente de 5 de mayo de 2005⁸⁰). Utiliza

(78) JT 430.

(79) JT 1296.

(80) JT 910.

argumentos parecidos el TSJ de Castilla-La Mancha, en sentencias ya reseñadas *supra*. Para este Tribunal el aprovechamiento especial que justifica la tasa consiste en la utilización del dominio público para el ejercicio de la actividad bancaria de forma ininterrumpida; dicho de otro modo, no sería posible el ejercicio de este tipo de actividad bancaria si no se aprovechara, de forma no excluyente, pero sí especial, de las vías públicas; situación que se produce cuando los cajeros están ubicados en línea de fachada con las calles y no cuando se encuentran en el interior de las entidades; en estos casos para el ejercicio de la misma actividad la entidad precisa dedicar un espacio interior para el mismo fin. El aprovechamiento especial no está en el usuario del cajero, sino en la entidad que lo coloca, obteniendo por ello un beneficio económico y siendo la tasa un justo equilibrio compensatorio a este beneficio económico específico y exclusivo y que sin el aprovechamiento del espacio público no obtendría.

En sentido contrario se pronuncia el TSJ de Valencia (cfr. Sentencia de 17 de mayo de 2004⁸¹). Resulta evidente, a juicio de esta Sala que las circunstancias que determinan el uso común especial no concurren en el supuesto de la utilización de los servicios prestados por los cajeros automáticos instalados en las fachadas de las entidades de crédito. Señala, primero, que de la utilización del cajero automático no puede derivarse daño alguno ni para los usuarios ni para los que transiten delante de ellos ni para nadie, al no concurrir circunstancia alguna de peligrosidad, siendo definido el peligro como el “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”. Segundo, que la utilización del cajero no supone un uso de la vía pública de especial intensidad ni por el espacio ocupado ni por la forma en que se produce la utilización u ocupación ni por las molestias que de ella se derivan para el resto de los ciudadanos. Y, tercero, que el usuario de un cajero automático de los que se contemplan en el caso opera adosado a la pared en una franja de la acera por la que normalmente no se circula, de manera que no puede considerarse que interrumpe el paso a los demás transeúntes. La Sala rechaza también la vinculación del criterio de la rentabilidad a la existencia de aprovechamiento especial: dice el Tribunal que no puede negarse que, en los supuestos de acumulación de individuos que pretenden acceder a pubs, espectáculos, establecimientos comerciales o transportes, por definición, son clientes potenciales cuyo acceso respectivo supondrá, desde luego, un beneficio para el ofertante del servicio. Por otra parte, las circunstancias descritas generan, siempre, una mayor concentración de personas, con la carga de uso del dominio público que ello conlleva, la mayor parte de las veces más consistente que la simple presencia de un ciudadano ante un cajero automático.

Por mi parte, considero que, en Derecho, los argumentos contrarios aducidos por todos estos tribunales pueden considerarse defendibles. Lo preocupante de una sentencia como la dictada por el TSJ de Valencia, a mi entender, no es pues una comprensión más restrictiva de lo que se entienda por aprovechamiento especial del dominio público, sino algo en puridad exógeno al objeto de este trabajo: cómo entiende este tribunal el listado de supuestos de utilización de dominio público que pueden acarrear la imposición de una tasa y que figura en el artículo 20 del ahora TRLHL. En su opinión, ese catálogo funciona

(81) JT 1676.

como un *numerus clausus* y destaca que en el mismo no figura la instalación de cajeros automáticos que se encuentren ubicados en las fachadas de las entidades de crédito, lo que, si no he comprendido mal el texto completo de la sentencia, bastaría para anular la Ordenanza sin necesidad de penetrar en los enjundiosos caminos de lo que sea el aprovechamiento especial del dominio público.

VI. EL DOMINIO PÚBLICO HA DE UTILIZARSE EFECTIVAMENTE O AL MENOS LA UTILIZACIÓN ENCONTRARSE AUTORIZADA

La exacción de las tasas exige que el dominio público se utilice de manera efectiva. El presente elemento plantea al menos dos cuestiones que deben ser resueltas:

- en primer lugar, qué actividad probatoria ha de desarrollar la Administración impositora para demostrar esa utilización, y
- en segundo lugar, qué sucede cuando, autorizada expresamente la utilización del dominio público por la Administración, el potencial usuario aduce que no ha hecho uso material de la autorización.

En relación con lo primero, parece evidente que la Administración ha de estar en disposición de demostrar que se ha utilizado el dominio público, lo que en ocasiones no es tarea sencilla, como vamos a comprobar con los casos que a continuación se exponen.

Obsérvese cómo determinadas tasas de implantación generalizada, como las municipales de rodaje y arrastre de vehículos no gravados por el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica o tránsito de ganados, son tasas por utilización del dominio público y no tasas por la mera tenencia de esos elementos patrimoniales, por lo que no pueden girarse si no se consigue demostrar la utilización efectiva de las vías públicas. Cfr. Sentencias del TSJ de Extremadura de 15 de febrero de 1999⁸², 29 de abril de 1999⁸³; 7 de mayo de 1999⁸⁴; 27

LA ADMINISTRACIÓN HA DE ESTAR EN DISPOSICIÓN DE DEMOSTRAR QUE SE HA UTILIZADO EL DOMINIO PÚBLICO

(82) JT 496.

(83) JT 680 y 778.

(84) JT 843.

de abril de 1999⁸⁵; 30 de marzo de 2000⁸⁶, etc., en las que se anulan tasas por tránsito de ganado por no poder probar que se ha utilizado el dominio público. A este fin parece aconsejable que la Administración exija la presentación de una declaración, sea de alta en un censo, sea previa a la liquidación, o una autoliquidación. La utilización efectiva del dominio público puede probarse por cualquier medio. Cfr. las Sentencias del TSJ de Andalucía, Granada, de 22 de febrero de 1999⁸⁷ y de 8 de mayo 2000⁸⁸, relativas a prestaciones por ocupación de la vía pública con materiales de construcción: el Ayuntamiento, con buen criterio, autorizó la ocupación del espacio público ante la solicitud de realización de las obras, y exigió no sólo la tasa por licencia de obras, sino también la tasa por utilización del dominio público. Explica el TSJ que era materialmente imposible realizar esas obras sin depositar los materiales en la vía pública, no atendiendo las alegaciones de la empresa.

El TSJ de Extremadura, Sentencia de 31 de mayo de 1999, anuló la liquidación de una tasa por badenes, al constar que el recurrente ni estaba incluido en el padrón de la prestación ni había solicitado la reserva ni había colocado la placa de cochera ni otra señalización, esto es, que no se acredita la utilización del dominio público.

En contra, en cierto sentido, el TSJ de Andalucía, Sevilla, Sentencia de 3 de mayo de 2001⁸⁹, según el cuál la exacción por entrada de vehículos no está condicionada al otorgamiento de licencia, sino ligada a la existencia de una entrada para acceso de vehículos en la vivienda con rebaje en la acera, de manera que la sujeción es procedente sin que obste a ello que no llegara a construirse un garaje ni a solicitarse placa o licencia de vado.

Este planteamiento podría abonar la tesis según la cual, entonces, la no utilización de manera efectiva del dominio público impediría siempre el cobro de la tasa, incluso en aquellos supuestos en que la utilización hubiera sido autorizada, previa solicitud del usuario, pero éste no hubiera hecho uso de la referida autorización. Esa idea no es sostenible, al menos en su totalidad. En la esfera estatal, el artículo 15 de la LTPP señala que las tasas podrán devengarse cuando se conceda la utilización privativa o el aprovechamiento especial. A este precepto tendré que volver más abajo. En la esfera local, en la que el devengo no se asocia a la concesión, sino al inicio de la utilización del dominio público [artículo 26.1.a) del TRLHL], el artículo 26.3 de dicho TRLHL previene que, cuando por causas no imputables al sujeto pasivo, la utilización o aprovechamiento del dominio público no se desarrolle, procederá la devolución del importe correspondiente. Y era un precepto presente también en la antecedente regulación de los precios públicos por utilización del dominio público (1989-1998).

(85) JT 915.

(86) JT 568.

(87) JT 286.

(88) JT 1076.

(89) JT 148.

En estas condiciones, la prestación sí sería exigible aunque luego el usuario autorizado no hiciera uso de la autorización concedida o se hiciera uso parcial por causas imputables a él mismo. En este sentido pueden confrontarse las Sentencias del TSJ de Andalucía, Granada, de 22 de febrero de 1999⁹⁰ y de 8 de mayo 2000⁹¹ y, en cierto modo, la Sentencia del TSJ de Madrid de 28 de febrero de 2000⁹². Señala el TSJ de Andalucía, Granada, que es irrelevante si la empresa solicitante de la licencia ocupó o no el espacio de la vía pública, pues lo determinante es que se solicitó la autorización de ocupación que se concedió, al margen de que hiciera uso de aquella autorización que había solicitado y obtenido, ya que es la autorización la que genera la obligación de pago del precio público. En la sentencia resuelta por la Sala de Madrid, el usuario alegaba que no se había producido el hecho imponible, ya que el Ayuntamiento reconoce que no realiza ningún control del tiempo que dura la ocupación, afirmando al respecto la demandante que es práctica habitual pedir la autorización por un tiempo máximo previsto para la obra y que la ocupación puede terminar mucho antes, por lo que, al girar el Ayuntamiento su liquidación por todo el tiempo solicitado, está gravando una ocupación que no ha tenido lugar. El Tribunal le indica a la empresa que parece ociosa una solicitud para mucho tiempo cuando se puede pedir para menor y solicitarse las sucesivas ampliaciones que la marca de la obra, la previsión y la experiencia profesional vayan demandando: el Ayuntamiento puede razonablemente actuar con la confianza legítima excluyente de aquella ociosidad. Parece razonable, por lo demás, tener en cuenta el costo que tendría la comprobación diaria o periódica de la ocupación, probablemente muy superior al de la exacción. Hasta aquí estoy muy de acuerdo con lo que dice el TSJ: lo que sucede es que continúa su razonamiento advirtiendo que, a partir de esa confianza legítima y de la previsión del usuario, si la ocupación duró menos del tiempo autorizado o no tuvo lugar, el usuario o solicitante tendría que haberlo probado. Dice que, en este caso, la demandante ni siquiera negó taxativamente la ocupación y sólo puso en cuestión la falta de control de la duración. Pues bien, a mi parecer, la Ley impone la exacción por todo el tiempo autorizado, salvo que fuera por causas no imputables al usuario, lo que en ningún caso sucedió en el caso de autos.

Supuesto distinto sería aquél en que el otorgamiento de la autorización para ocupar el espacio público se produjera formalmente con posterioridad a la utilización solicitada. Si la licencia que sirve de título habilitante a la reserva se produce en estas circunstancias y no resulta debidamente acreditado por la Administración que esa utilización haya tenido lugar, la tasa no se puede exigir. Cfr. Sentencia del TSJ de Madrid de 24 octubre 1996⁹³, que no parece en absoluto contradictoria con otras citadas.

Si lo que vengo señalando puede aplicarse a los supuestos de aprovechamiento especial del dominio público, más aun respecto de los de utilización privativa del mismo. En estos casos, la concesión supone muchas veces una restricción de uso común general para el colectivo de usuarios (cuando se trata de un espacio susceptible de uso común general), por lo que la posición de quien no ocupó ese espacio concedido es aun más débil. En este

(90) JT 286.

(91) JT 1076.

(92) JT 1057.

(93) JT 1446.

sentido, la Sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 21 de octubre de 1996⁹⁴, relativa un supuesto en que la concesión determinaba que se prohibiera en la zona el estacionamiento de terceros.

De acuerdo con todo lo expuesto, es más exacto decir que para la exacción de la tasa el dominio público ha de utilizarse efectivamente o, al menos, la utilización encontrarse autorizada.

VII. LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO DEBE BENEFICIAR ESPECIALMENTE AL USUARIO

Es claro que en lo que se refiere a las tasas por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades es esencial que dichos servicios o actividades afecten o beneficien de modo particular al sujeto pasivo. Esa afección o beneficio particular está ligada expresamente a ese tipo de tasas y leamos como leamos los textos legales no hay una vinculación expresa de este elemento con el presupuesto de las tasas por utilización del dominio público.

Sin embargo, siquiera lo sea de manera implícita, parece de toda lógica que la utilización del dominio público por la que se puede exigir una tasa debe ser una ocupación que reporte algún beneficio para el usuario. Según la Ley son sujetos pasivos de las tasas quienes disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público en beneficio particular, lo que ya es muy relevante. Piénsese de otro lado que a la hora de calcular el importe de estas tasas la referencia es el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento. Dicho en otras palabras, si la ocupación del espacio público no supusiera beneficio alguno al usuario, pero aun con todo considerásemos que se da el presupuesto de la tasa, se produciría el absurdo de que el importe de la tasa sería cero.

La LPAP dice en su artículo 92, en el segundo párrafo del apartado 5, que no estarán sujetas a la tasa (las autorizaciones) cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para la persona autorizada o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento suponga condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla. Lo mismo se lee en el artículo 93, en el segundo párrafo del apartado 4, en relación con las concesiones demaniales. Ambos artículos tienen carácter básico.

Veamos cómo esta cuestión ha sido objeto de conflictos.

Citaré en primer lugar lo señalado por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 25 de Madrid de 2 de noviembre de 2001⁹⁵, referida a una tasa por ocu-

(94) JT 1519.

(95) JT 1862.

pación en feria municipal por una empresa contratada por el propio Ayuntamiento para la decoración del recinto: según el magistrado-juez, aunque ocupara un espacio público, lo fue a instancia de la administración, por lo que no cabe tasa alguna.

En sentido parecido, dijo el TSJ de Castilla-La Mancha (cfr. una Sentencia de 20 de enero de 1993) que el beneficio particular se considera, tanto por la Ordenanza como por la Ley de Haciendas Locales, requisito fundamental para determinar el sujeto obligado al pago. En relación con una tasa ligada al levantamiento de una valla se dice que si el levantamiento de la misma se ha realizado para evitar daños a personas y bienes por orden del Ayuntamiento, en una situación en que previamente se ha ordenado la paralización de la demolición iniciada, ningún beneficio o utilidad estaba siendo satisfecho para la entidad actora, que había sido compelida a paralizar el derribo, independientemente de que el Ayuntamiento conociera el estado físico y jurídico en que se encontraba el edificio.

La jurisprudencia relativa a la instalación de cajeros automáticos con frente a la vía pública también nos ilustra al respecto. Las entidades financieras recurrentes advertían que el usuario y beneficiario de ese dominio público parecía ser el cliente y no el banco. El TSJ de Madrid refuta esta idea, con una idea unitaria del servicio del cajero, servicio que es del banco para con el cliente, y de todos cuyos elementos, incluido el espacio, se sirve el banco para realizar su prestación (cfr. Sentencias de 6 de febrero de 2004⁹⁶; 7 de diciembre de 2004⁹⁷ o 1 de abril de 2005⁹⁸).

Por otra parte, es Jurisprudencia reiterada que no puede exigirse contraprestación por la utilización por los maestros de casas vivienda en escuelas, argumentando que su uso no está destinado en beneficio de unos cualesquiera particulares sino, exclusivamente, en provecho o en función de quienes desempeñan el servicio público docente. Citaré por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2003⁹⁹. Dice el Alto Tribunal que en el caso de bienes demaniales municipales, como ocurre con las viviendas o casas-habitación que estamos analizando, estrictamente afectas al servicio docente desarrollado en los centros escolares, y ubicadas o no en los mismos, la exigencia de un “canon” por su utilización privativa en fa-

**SON SUJETOS PASIVOS
DE LAS TASAS QUIENES
DISFRUTEN, UTILICEN
O APROVECHEN
ESPECIALMENTE EL
DOMINIO PÚBLICO EN
BENEFICIO PARTICULAR**

(96) JT 1212.

(97) JT 2005, 389.

(98) JT 1146.

(99) RJA 3475.

vor de los profesores o maestros subvierte el orden institucional por el que se regula tal concreta clase de dominio público local, al no estar destinado su uso o aprovechamiento en beneficio de unos cualesquiera particulares o de otras distintas Administraciones, sino, exclusivamente, en provecho o en función de quienes desempeñan el comentado servicio público docente, del que los Ayuntamientos pueden exonerarse, en su caso, en virtud de la normativa vigente aplicable, pero sin modificar, no obstante, en ningún supuesto, su específica utilización y destino con el pretexto de participar los ocupantes de las viviendas, mediante el abono del canon, en su conservación y mantenimiento. En consecuencia —concluye—, el Ayuntamiento no podía establecer el canon objeto de controversia para unas viviendas de su propiedad, como las de autos, que servían de casa-habitación a los profesores o maestros en tanto las mismas mantuviesen su condición de bienes de dominio público destinadas al servicio público docente, si no era mediante la previa desafectación de tal servicio y de la calificación de públicas de las citadas viviendas, convirtiéndolas en bienes patrimoniales o de propios (susceptibles, entonces, ya, de quedar sujetas, como contraprestación de su uso por un tercero, a un alquiler o renta mensual).

Esta sentencia casa la del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 19 de septiembre de 1997¹⁰⁰, aunque dada la profusión de sentencias del Tribunal Supremo (citadas en la propia resolución) me excusaré de más indicaciones. Si acaso podría citar al TSJ de Andalucía, Granada, dado que sus textos son muy expresivos de lo que quiero explicar: según este Tribunal es esa afectación al servicio público la que determina la imposibilidad de establecer tasas, ya que no existe utilización privativa y en beneficio particular por los mismos, sino adscripción al servicio público docente. La calificación demanial de estas viviendas se debe a su afectación al servicio público docente y no es posible considerar la existencia de un beneficio especial que redunde en los maestros que utilicen esas viviendas, pues las tienen adjudicadas en tanto que bienes vinculados al servicio público en cuestión. En consecuencia, no concurriendo una situación de aprovechamiento especial o privativo del dominio público susceptible de generar un beneficio particular, se estimaron los recursos (Sentencias del TSJ Andalucía, Granada, de 4 de marzo de 1996¹⁰¹ o 14 de abril de 1997¹⁰²).

VIII. ELEMENTOS QUE NO INTEGRAN EL PRESUPUESTO DE LAS TASAS POR UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

Una vez examinados los que he considerado elementos que integran el presupuesto de las tasas por utilización del dominio público, me referiré a otros que en algún momento se han considerado como tales elementos, pero que, en mi opinión, no es así. Se trata de los tres siguientes:

(100) JT 1133.

(101) JT 783.

(102) JT 339.

- la legitimidad de la utilización del espacio público;
- la autorización administrativa o concesión demanial como título habilitante, y
- la obligatoriedad en la ocupación del espacio público.

A) Legitimidad de la utilización o aprovechamiento

A mi parecer, la exigencia de tasas por utilización del dominio público no es dependiente de que la ocupación se autorice de manera formal. Considero que ello no aparece ni de manera implícita en la definición del presupuesto de estas tasas y que los resortes que ofrezca el ordenamiento jurídico para reaccionar contra semejante ocupación ilícita no son incompatibles con la exigencia de un tributo retributivo proporcional a la utilidad que le ha supuesto al usuario ilegítimo. Han de distinguirse los supuestos en que alguien ocupa un espacio demanial cuya autorización no hubiese sido concedida de aquellos otros en los que el usuario ha eludido sencillamente la tramitación de la licencia.

No es de todas formas una tesis pacífica.

En la literatura, SIMÓN ACOSTA, refiriéndose a las tasas de las entidades locales, considera acertada la tesis según la cual el uso ilegítimo realizado sin previa concesión no es generador de la obligación de pago de la tasa. Si bien matiza esta inicial declaración en el sentido de que ello se ha de hacer depender de lo que en concreto se establezca en la Ordenanza reguladora, no viendo dificultad para que se establezca que el uso ilegítimo o la usurpación del dominio público dé lugar al nacimiento de la tasa, sin perjuicio de otras responsabilidades¹⁰³.

RUIZ GARIJO advierte de la importancia que para esta cuestión tienen las reglas que fijan el devengo de la prestación. Explica que, en el ámbito local, con ocasión de la reordenación de las prestaciones durante 1998 se sustituyó la referencia proveniente del régimen de los precios públicos, según la cual la tasa se devengaría a partir de la concesión de la utilización privativa del espacio público por una indicación más flexible que aludía al inicio de la utilización privativa. Sostiene esta autora que la enmienda que implementó este cambio permite la posibilidad de gravar usos realizados incluso sin autorización. Dice que con ello se evita la situación de privilegio que, de lo contrario, se derivaría a los beneficiarios que actúan sin autorización a los cuales sólo se les impondría sanción, pero, en ningún caso, se les exigiría una tasa. Concluye RUIZ GARIJO señalando que, fuera del ámbito local (en el estatal), esta posibilidad se ve limitada, ya que la LTTP continúa estableciendo el devengo a partir de la concesión. La única fórmula de combatir esta situación sería realizar una interpretación muy laxa del término concesión, que permitiera entenderla también como concesión tácita: en apoyo de esta tesis cita esta autora la Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 de octubre de 1997¹⁰⁴.

(103) SIMÓN ACOSTA, E.: *op. cit.*, págs. 44-45.

(104) JT 1463. Se trataba de un supuesto relativo al canon de vertido previsto en la Ley de Aguas, en el que el TSJ consideró que se devenga al realizar el vertido contaminante, a pesar de la literalidad de la reglamentación hídrica. RUIZ GARIJO, M.: *Problemas actuales de las tasas*, Lex Nova, 2002, pág. 164.

C.M. SÁNCHEZ GALIANA advierte que la Ley de Haciendas Locales no impide que, en el supuesto de una utilización ilegal del dominio público las Ordenanzas fiscales puedan establecer la exigencia de la tasa por ese uso ilegítimo del dominio público. Analiza los efectos que sobre este planteamiento puede tener el artículo de la LHL relativo al devengo y concluye que su redacción permite gravar utilizaciones del dominio público o aprovechamientos especiales considerados ilegales, en el caso de que no se haya solicitado, o incluso solicitada, no se haya concedido aún la correspondiente autorización o concesión¹⁰⁵.

Entre los tribunales no hallamos un criterio único.

Sin ánimo de exhaustividad, en contra de la exigencia de la tasa en estas condiciones se pronuncian Salas de Granada y Málaga del TSJ de Andalucía; el TSJ de Aragón; el TSJ de Cataluña, y el TSJ de la Comunidad Valenciana.

Así, dijo el TSJ de Andalucía, Granada, en su Sentencia de 30 de enero de 1995¹⁰⁶, que no procede girar la liquidación si no había existido previa concesión administrativa. Para este tribunal la concesión actúa como elemento formal-temporal, determinante del real nacimiento de la obligación de pago, de manera que, si no existe previa concesión administrativa, el uso es sencillamente ilegítimo y la Administración debería haber reaccionado con las pertinentes medidas de policía. La Sala de Granada se refiere al aspecto temporal (la obligación de pago nace desde que se conceda la utilización privativa o el aprovechamiento especial), señalando que contribuye a terminar de definir, si bien con una técnica legislativa que cabe calificar de poco afortunada, el hecho generador de la obligación de pago, y así resulta que no basta con que se produzca una conducta que materialmente pueda considerarse integrante de utilización privativa o un aprovechamiento especial del dominio público, sino que es necesario, además, que se haya producido la concesión del mismo. Si bien se mira —dice el Tribunal—, ocurre que no existe utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público en tanto el mismo no se conceda y, por tanto, no existe hecho generador si no hay concesión o licencia otorgando dicho uso. Ello es así porque a diferencia del uso común general de los bienes de dominio público, que es libre, tanto el uso común especial como el uso privativo están sometidos a la previa autorización mediante licencia o concesión. De ello se sigue, sin esfuerzo, que aquel uso que por su intensidad y duración, puede calificarse de especial e incluso de privativo, sólo es tal en cuanto ha existido previa concesión administrativa. Si no existe previa concesión administrativa, el uso es sencillamente ilegítimo, y el ente local deberá reaccionar con las pertinentes medidas de policía inherentes a sus facultades de defensa y recuperación de los bienes que integran su dominio público. Desde el punto de vista de la prestación económica, este uso ilegítimo realizado sin previa concesión no es generador de la obligación de pago de esta contraprestación, puesto que tal obligación sólo nace desde que se otorga la pertinente concesión y precisamente porque se otorga. La circunstancia de que sólo proceda la devolución de lo abonado cuando, por causas no imputables al titular

(105) En *La fiscalidad inmobiliaria en la hacienda municipal*, Comares, 2002, págs. 265-266 y 274-275.

(106) JT 94.

del aprovechamiento, no se produzca el real desarrollo del derecho a la utilización del dominio público, pone en evidencia que es sólo el derecho a dicha utilización obtenido mediante concesión y no la pura y simple utilización la situación generadora del precio público. El TSJ no sólo anulará la liquidación, sino también la disposición de la Ordenanza municipal que señalaba como obligados al pago tanto a las personas o entidades a cuyo favor se otorguen las licencias, como a quienes se benefician del aprovechamiento, si se procedió sin la oportuna autorización. Dice el TSJ que con ello pretende configurar como hecho generador el uso ilegítimo del dominio público, con claro desconocimiento de la definición que contiene la LHL.

La Sala de Málaga señaló en la Sentencia de 25 de julio de 2003¹⁰⁷ que era necesario el requisito formal de la concesión de la utilización privativa del dominio público para poder gravar su uso, lo que no sucedía en el caso de autos, ya que no se había solicitado.

El TSJ de Aragón dictó la Sentencia de 19 de febrero de 2002¹⁰⁸, asumiendo la doctrina que se contiene en particular en la antes referida sentencia de la Sala de Granada.

Lo mismo va a hacer el TSJ de Cataluña, con cita y reproducción expresa de aquella sentencia de Granada (cfr. Sentencia de 12 de marzo de 1999¹⁰⁹, por la que se anula el apartado de la Ordenanza relativa a la prestación por ocupación de la vía pública en donde se establece que "... también nace la obligación en el momento de utilizar un servicio público o de efectuar un aprovechamiento especial, aun cuando no haya sido autorizado"; o la de 24 de noviembre de 2000¹¹⁰, por la que se anula el inciso que rezaba "aunque no hayan pedido la correspondiente concesión, licencia, autorización o prestación"; el mismo criterio siguen la sentencias de 3 y 30 de enero de 2002¹¹¹).

Según se deduce de ulteriores resoluciones, el TSJ de la Comunidad Valenciana había mantenido reiteradamente esta doctrina. Según este Tribunal el aprovechamiento especial de bienes de dominio público local sólo se obtiene en virtud de autorización o licencia demanial. De esta forma, sólo la autorización

(107) JT 1387.

(108) JUR 2002\196148.

(109) JT 1422.

(110) JT 1802.

(111) JT 755 y 596.

**ES NECESARIO
EL REQUISITO FORMAL DE
LA CONCESIÓN
DE LA UTILIZACIÓN
PRIVATIVA DEL DOMINIO
PÚBLICO PARA PODER
GRAVAR SU USO**

legítima el uso; sólo la autorización municipal legitima la prestación que pueda girarse por este concepto, de manera tal que es la autorización la que actúa como elemento formal y temporal del nacimiento de la obligación de pago. Así las cosas, utilización privativa o aprovechamiento especial del demanio público municipal no se da en tanto no exista autorización y, en consecuencia, no existe hecho generador si no existe autorización o licencia otorgando dicho uso. Si no existe previa concesión administrativa, el uso es sencillamente ilegítimo y el ente local debería reaccionar con las pertinentes medidas de policía inherentes a sus facultades de defensa y recuperación de los bienes que integran el dominio público. Desde el punto de vista de la prestación patrimonial ese uso ilegítimo, realizado sin previa concesión, no genera obligación de pago ni contraprestación alguna, puesto que tal obligación sólo nace desde que se otorga la autorización y precisamente porque se otorga, previa petición del interesado. La permisón de una supuesta conducta ilícita (si es que efectivamente ésta se produjera) no autoriza al Ayuntamiento al cobro de lo que a su parecer nunca se generó, porque el aprovechamiento del dominio nunca fue legalmente autorizado y concedido. Concluía señalando que, por esta circunstancia, el antiguo artículo 47 de la LHL establecía que la obligación de pagar un precio público nacía desde que se concedía la utilización privativa o el aprovechamiento especial y estima que la Ordenanza municipal se extralimitaba al señalar que están obligados al pago las personas o entidades a cuyo favor se otorguen las licencias, o quienes se beneficien del aprovechamiento, si se procedió sin la oportuna autorización¹¹².

También sin ánimo de exhaustividad, a favor de la sujeción de las ocupaciones sin licencia se muestran el TSJ de Andalucía, Sevilla; el TSJ de Canarias, Tenerife; el TSJ de Extremadura; el TSJ de Galicia; el TSJ de Madrid y el TSJ de Navarra.

Veamos las explicaciones que se nos daban al respecto.

El TSJ Andalucía, Sevilla, mediante Sentencia de 3 de mayo de 2001¹¹³, desestima la demanda del usuario señalando que la exacción por entrada de vehículos no está condicionada al otorgamiento de licencia, sino ligada a la existencia de una entrada para acceso de vehículos en la vivienda con rebaje en la acera, de manera que la sujeción es procedente sin que obste a ello que no llegara a construirse un garaje ni a solicitarse placa o licencia de vado.

La Sentencia del TSJ de Canarias, Tenerife, de 9 de febrero de 1999¹¹⁴, se refiere a la prestación exigida en concepto de ocupación sin autorización de terrenos con mesas y sillas con finalidad lucrativa. Dice la Sala que esa circunstancia pone en marcha la previsión normativa de la Ordenanza reguladora que en su articulado prevé cómo tratar el aprovechamiento de dominio público sin la preceptiva licencia, lo que conlleva según tal precepto a practicar liquidación sin perjuicio de las sanciones administrativas.

(112) Transcripción de anteriores sentencias que figuran en la Sentencia de este mismo Tribunal de 27 de junio de 2003 (JUR 2003/248717).

(113) JT 2002, 148.

(114) JT 469.

El TSJ de Extremadura dictó la Sentencia de 31 de enero de 2001¹¹⁵, relativa a liquidaciones giradas por prestaciones por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por la entrada de vehículos en inmuebles. Al entender del TSJ, si se demuestra que la utilización del dominio público o su aprovechamiento se ha producido, procedería la exacción, se haya o no solicitado la licencia correspondiente, siempre que su solicitud fuera obligatoria; y, en ese caso, la obligación de pago nace en el mismo momento en que debió solicitarse.

El TSJ de Galicia desestima mediante Sentencia de 17 de octubre de 2001¹¹⁶ el recurso contencioso-administrativo relativo a liquidación de prestaciones por ocupación de la vía pública con contenedores, de manera que sostiene la legitimidad del cobro por los contenedores no utilizados.

El TSJ de Madrid también dictó algunas sentencias en este sentido. La Sentencia de 11 de marzo de 1999¹¹⁷ gira sobre la exigencia de la prestación con ocasión de la ocupación sin autorización de la vía pública con casetas de obra. La Sala de Madrid analiza el contenido del viejo artículo 47.1 de la LHL: el Tribunal reconoce que establecía que la obligación de pagar nacía, entre otros supuestos, desde que se concede la utilización privativa del dominio público local, pero sostiene que de ello no puede inferirse que sin tal concesión o autorización no tenga que satisfacerse el importe, porque el usuario llevó a cabo una efectiva ocupación del dominio público y porque sin la autorización se sigue cumpliendo el hecho imponible y el beneficio particular en favor del sujeto pasivo obligado al pago. Añade que, además, de llegarse a la conclusión contraria, se haría de mejor derecho al que ocupa el dominio público por la vía de hecho que quien lo hace siguiendo el procedimiento establecido y solicitando autorización para la utilización privativa del dominio público. En el mismo sentido, las Sentencias de 5 de abril de 2000¹¹⁸ y de 8 de octubre de 2002¹¹⁹.

El TSJ de Navarra dictó la Sentencia de 31 de marzo de 2000¹²⁰, relativa a la exacción por vertidos en una escombrera. Dijo en Tribunal que la supuesta ilegalidad del vertedero no comporta la ilegalidad de la tasa, sino las consecuencias previstas en la normativa sobre control de actividades clasificadas y para la protección del medio ambiente. Esto es, que ninguna implicación tiene en el orden tributario que el bien público sea susceptible de un aprovechamiento o uso no permitido por la ley o sin haberse obtenido la autorización prevista por ésta, pues el solo hecho de realizar ese aprovechamiento es causa de devengo del tributo.

(115) JT 248.

(116) JT 2002, 217.

(117) JT 1122.

(118) JT 1581.

(119) JT 2003, 1008.

(120) JT 539.

Todas las sentencias que han sido citadas se refieren a los antiguos precios públicos por utilización del dominio público. Téngase en cuenta que a estos efectos no era relevante la naturaleza de la figura, pero sí podría serlo el régimen de devengo que se mantenía.

Así, según se puede apreciar en algunas de las sentencias del TSJ de Cataluña antes citadas (la de 24 de noviembre de 2000 o la 3 de enero de 2002) parece que distinto hubiera sido el fallo de tratarse de exacciones a las que afectara la nueva regulación del devengo en las tasas locales aplicable a partir de 1999, que ya no lo hacía depender de la autorización. Dice textualmente el TSJ que “la fecha que se acaba de señalar resulta decisiva para la resolución de la presente cuestión de ilegalidad, habida cuenta de que la exacción por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de que se trata ha sido profundamente alterada, tanto en su naturaleza jurídica como en su regulación”, añadiendo que “en el régimen legal actualmente vigente, el artículo 26.1.a) de la Ley de Haciendas Locales ofrece al problema que se analizará una solución por completo diversa a la aplicable en la presente cuestión de ilegalidad, ceñida a la interpretación de la redacción originaria del artículo 47.1 de la misma Ley de Haciendas Locales”. Entiendo que, a la vista de este razonamiento, ahora la Sala de Barcelona admitiría la exacción de tasas por utilización del dominio público aunque no estuviera autorizado.

Sin embargo, también vamos a encontrar sentencias correspondientes ya con la normativa de régimen local posterior a 1998, en las que el elemento temporal que arrancaba de la fijación del devengo no debía ser lo relevante, ya que siguen considerando la ilegalidad de la imposición de tasas por ocupaciones no autorizadas de espacios públicos. Es el caso del TSJ de la Comunidad Valenciana. Cfr. Sentencias de este mismo Tribunal de 27 de junio de 2003, arriba citada, o de 5 de marzo de 2004¹²¹. En la Sentencia de 27 de junio de 2003 resuelve en contra del Ayuntamiento un recurso de apelación sobre liquidación tributaria girada por el concepto de tasa de entrada de vehículos y reserva de vía pública para mercancías. La Sala continúa entendiendo, tanto en la situación actual, en la que la utilización del dominio público local se actualiza a través de una tasa, como en la situación antecedente, que se configuraba como precio público, que, para que pueda imponerse su pago, no basta con la utilización de un bien de dominio público local, habida cuenta que dicha utilización es consustancial a la condición de ciudadano; ya que continuamente utilizamos los viales, aceras, parques, bibliotecas, edificios públicos, etc., sin que por ello se satisfaga tasa alguna, pues no ejercitamos un uso privativo o especial de dichos bienes o servicios; del mismo modo, el mero hecho de poder acceder con un vehículo a una vivienda no implica que se esté efectuando un aprovechamiento privativo o especial de la acera, desde el momento en que cualquier otro ciudadano puede también no sólo ocupar y acceder a la misma acera, sino impedir el acceso y por tanto privar al presunto usuario del aprovechamiento especial que es el fundamento del devengo de la tasa. Sólo la autorización legítima el aprovechamiento especial o uso privativo y, por ende, la exacción de la tasa. Por lo demás se remite a las posiciones que antes reseñé. La Sentencia de 5 de marzo de 2004 estima la cuestión de ilegalidad contra la Ordenanza Fiscal de un municipio reguladora de una tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial mediante

(121) JT 2005, 15.

entrada de vehículos en la que se disponía que, en los casos de aprovechamiento sin obtención de licencia, los usuarios carecerían de las prerrogativas de la misma, pero les sería de aplicación una tarifa inferior. Sigue manteniendo que el aprovechamiento especial de bienes de dominio público local sólo se obtiene en virtud de autorización o licencia demanial, de forma que sólo la autorización legítima del uso permite que la tasa pueda girarse por este concepto, de manera tal que es la autorización la que actúa como elemento formal y temporal del nacimiento de la obligación de pago.

Como dije al comienzo de este epígrafe, a mi parecer, son exigibles las prestaciones por ocupaciones del dominio público no autorizadas y son exigibles ahora y con la normativa anterior. Suscribo plenamente los argumentos que esgrimía el TSJ de Madrid. Ciertamente, en la actual legislación estatal de tasas y precios públicos y de la anterior normativa de régimen local se vislumbra una contradicción entre la fijación del hecho imponible y la regulación del devengo que hemos de procurar superar sobre la base de una interpretación sistemática de los dos preceptos. No es el primer caso que presenta nuestro ordenamiento tributario con contradicciones entre la regulación del hecho imponible y la regulación de otros elementos configuradores del tributo. Desde las dificultades para fijar el devengo en el Impuesto municipal sobre Construcciones a la falta de coherencia en la modalidad de Transmisiones Onerosas entre qué se grava y quién es el contribuyente. En cada caso se ha buscado una respuesta acorde con los principios que deben informar un sistema tributario justo. En este caso esos principios no pueden conducir a otro lugar que a la sujeción de las ocupaciones no autorizadas, siempre y cuando la autorización hubiera sido concedida de haberse solicitado.

No estoy de acuerdo con que sea una cuestión que se haga depender de la respectiva Ordenanza. Hemos comprobado cómo los Tribunales, cuando han entendido que no podía gravarse la ocupación no autorizada, han anulado si ha sido necesario el precepto de la Ordenanza que amparaba la liquidación del importe de la prestación.

Bajo la actual normativa de régimen local me resulta difícil imaginar que se repitiera una sentencia tan bien planteada, aunque no esté de acuerdo con la solución final, como la del TSJ de Andalucía, Granada, que ha sido reproducida por la mayoría de las Salas que han apostado por la no sujeción de las ocupaciones no autorizadas. Y, en este sentido, ha de apreciarse

**LA AUTORIZACIÓN
ACTÚA COMO ELEMENTO
FORMAL Y TEMPORAL DEL
NACIMIENTO DE
LA OBLIGACIÓN DE PAGO**

el cambio perceptible más que intuible en la doctrina del TSJ de Cataluña. Por eso menos puedo compartir sentencias como las últimas dictadas en la materia por el TSJ de la Comunidad Valenciana, en las que la ilicitud de la ocupación se considera frontalmente incompatible con la ocupación de un espacio público cuya ilegalidad procede en esencia de la no solicitud de autorización o del exceso de ocupación sobre lo autorizado. En los últimos años se han escrito entre nuestra doctrina interesantísimos ensayos sobre el gravamen de las actividades ilícitas. Citaré por todos los trabajos de HERRERA MOLINA o GALARZA¹²². Es muy comprensible que no ofrezcan referencias expresas a un sector tan marginal de la fiscalidad como éste. Tampoco se me va a ocurrir a mí abordar esta realidad desde esa perspectiva en un trabajo de estas características. Pero creo que con conclusiones generales como las que se alcanzan en obras como las citadas lo que corresponde es el gravamen de estas ocupaciones ilícitas.

B) El título por el que se ocupa el espacio público es indiferente a los efectos de la exigencia de la tasa

El título por el que se ocupa el espacio es indiferente a los efectos de la exigencia de la tasa. Lo ordinario será que el título consista en las autorizaciones, licencias o concesiones a las que se refieren las respectivas normativas de ámbito estatal, autonómico o local. Pero, de manera ocasional, el título que posibilite la ocupación puede no ser un acto unilateral de la Administración, en definitiva, tratarse de un título contractual.

En este sentido, el TSJ de Andalucía, Granada, mediante Sentencia de 10 de marzo de 2003¹²³, considera que se da el presupuesto de la tasa en un caso en que la utilización del dominio público se había convenido contractualmente y ello a pesar de que la Ordenanza Fiscal señalaba que el sujeto pasivo era “el titular de la licencia”.

C) La “voluntariedad u obligatoriedad en la recepción del servicio” es una cuestión ajena por completo al presupuesto de las tasas por utilización del dominio público

Entiendo que, respecto de la utilización del dominio público, en ningún caso ha de examinarse la voluntariedad u obligatoriedad de la recepción del servicio, de manera que en el primer caso fuera procedente un precio y en el segundo una tasa: en todo caso lo que procede es una tasa, pues el criterio de la voluntariedad u obligatoriedad en la recepción de la actividad sometida a la tasa sirve para determinar la naturaleza financiera del instrumento económico por la prestación de servicios o la realización de actividades administrativas, no para la utilización del dominio público.

Podría parecer una obviedad, pero no lo es, como lo demuestra algún fallo jurisprudencial con el que me es imposible concordar.

(122) HERRERA MOLINA, P.M.: *Fiscalidad de los actos ilícitos*, IEF, 2003 o GALARZA, C.J.: *La tributación de los actos ilícitos*, Thomson-Aranzadi, 2005.

(123) JT 913.

Me refiero a la Sentencia del TSJ de Asturias de 1 de junio de 2001¹²⁴ que consideraba que, si la utilización del dominio público ofrecía dosis de voluntariedad, podía ser susceptible de precio público (en vez de tasa). A la vista de esa idea, entendió que la prestación exigida por el estacionamiento en las llamadas zonas azules podía ser un precio público, dado que no se establece para todas las vías públicas, por lo que el conductor tiene opción de estacionar en otro sitio. Evidentemente el litigio se refiere a una Ordenanza elaborada bajo la redacción de la LHL anterior a 1998, aunque los argumentos (que no comparto) los podría mantener todavía hoy.

IX. SUPUESTOS EXCLUIDOS EXPRESAMENTE DE IMPOSICIÓN DE TASAS POR UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

El interés por supuestos excluidos expresamente de imposición en el ámbito de las tasas por utilización del dominio público se contrae a aquellos que tengan una vocación general. En la práctica, esto sólo sucedería si disposiciones como la LOFCA o el TRHLH enmarcasen en este sentido las decisiones de las respectivas Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales. La primera no lo hace, pero la segunda sí y sus contenidos serán el sustrato de este epígrafe con el que concluye el trabajo.

A lo que se pueda extraer de la Ley estatal de tasas y precios públicos o de las leyes autonómicas cuyo objeto es la regulación general de las tasas y precios públicos de cada Comunidad Autónoma no se le puede dar más relevancia que la que tiene: son normas de igual rango que las que establecerán las tasas. En fin, cuando estas leyes generales prevén la fijación de las tasas, en su caso, con arreglo a criterios de capacidad económica o la posibilidad de que las Administraciones públicas queden exoneradas de pago. De todas formas, a la vista del carácter supletorio de la LTPP en cuanto a la imposición de tasas locales, estos principios básicos que no se reproducen en el TRHLH sirven para dar firmeza a las Ordenanzas Fiscales que deciden modular la tributación en función de criterios de capacidad económica de los usuarios o limitar las tasas a las Administraciones. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, celosísima de la aplicación del principio de reserva de ley en materia de fijación de exenciones, las Corporaciones locales pueden establecer la tasa (pueden lo más), pero no podrían establecer beneficios fiscales (no pueden lo menos), salvo que tengan algún asidero normativo.

El artículo 61 de la Ley 25/1998 (citada *supra*), relativo a la tasa “genérica” o “subsidiaria” por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público estatal, excluye de la aplicación de dicha tasa “subsidiaria” la utilización privativa o el aprovechamiento especial de bienes de dominio público que no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, persona autorizada o adjudicatario o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento comporte condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla. En definitiva lleva a una suerte de delimitación negativa lo que he considerado un elemento del presupuesto de las tasas por utilización del dominio público.

(124) JT 1254.

Como he anunciado, he de centrarme en preceptos con verdadera eficacia y escojo el artículo 21.2 del TRLHL. Dice este artículo que el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales no estarán obligadas al pago de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente y por todos los que inmediatamente interesen a la seguridad ciudadana o a la seguridad nacional.

Comenzando por el final, esto es, por la exclusión de imposición para las Administraciones públicas territoriales por los aprovechamientos que inmediatamente interesen a la seguridad ciudadana o a la seguridad nacional, parece evidente que beneficia a las ocupaciones de espacios demaniales locales por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, autonómicos y, en su caso, locales y también por parte de las fuerzas del ejército. Sobre el alcance de la misma se pronuncian las Sentencias del TSJ de Madrid de 16 de diciembre de 2002¹²⁵ y 1 de diciembre de 2003¹²⁶. El litigio se refería a las tasas por utilización de galerías subterráneas por parte del Ministerio de Defensa para el tendido de una red de comunicaciones de alta seguridad. El Ayuntamiento pretendía exigir una tasa por los servicios de mantenimiento en condiciones de utilidad de las referidas galerías. Pues bien, el TSJ realiza un interesante análisis histórico de esta exención que concluirá en la estimación del recurso formulado por Defensa. Dice el Tribunal que puede sostenerse, con fundamento, tanto que el Ayuntamiento presta un cierto servicio de galerías, como que cede el uso de dichas galerías, es decir, que concede un aprovechamiento especial. La exención lo es ciertamente por la utilización de las galerías, pero cabalmente en condiciones útiles, esto es, de unas galerías en las que quienes tienen a su cargo los servicios precisos para que sean utilizables, hayan prestado tales servicios: la exención, en redundancia aclaratoria, lo es por la utilización útil: el beneficio, abarca ambos conceptos, si es que ambos no son uno solo en este caso.

Más compleja es la aplicación de la exclusión de tributación para las Administraciones territoriales respecto de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente. En la exclusión se perciben cuatro elementos:

- que el titular del aprovechamiento sea una Administración territorial;
- que el aprovechamiento afecte a los servicios públicos de comunicaciones;
- que sea “inherente” a los mismos, y
- que la Administración territorial titular del aprovechamiento explote directamente esos servicios.

(125) JUR 2003\185708.

(126) JUR 2004\205763.

Primero, que el titular del aprovechamiento sea una Administración territorial. Lo que excluye a la Administración institucional y, por supuesto, corporativa. La Sentencia del TSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2004¹²⁷ considera improcedente aplicar la exención prevista en relación con estas tasas para determinados sujetos públicos en el desarrollo de determinados servicios de comunicaciones a la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos. De una interpretación literal de la exención se deduce que ésta sólo puede predicarse del Estado, Comunidades Autónomas o Entidades locales.

Segundo, que el aprovechamiento afecte a los servicios públicos de comunicaciones. Ello ha determinado tradicionalmente la no exacción de las tasas a los servicios públicos de Correos, aunque ahora ha de matizarse esta afirmación a la luz de lo señalado en el anterior párrafo. Ahora bien, la potencialidad de esta exención es más amplia. Cfr. las numerosas Sentencias dictadas por el TSJ del País Vasco en relación con la instalación de cables de fibra óptica (por todas, Sentencia del TSJ del País Vasco de 28 de febrero de 2001¹²⁸). El TSJ indica que en esta materia cabe distinguir los servicios de telecomunicaciones a secas (telefonía, telefax, servicios portadores de señal de correo electrónico, etc.) y los servicios de telecomunicaciones que son además medios de comunicación social, caso de la radio y la televisión, de ahí que sean los dos títulos competenciales que encuadran la regulación del sector. También advierte que el hecho de que el servicio no se preste directamente a los ciudadanos no excluye el carácter público del servicio, pues la interconexión, transmisión y transporte de datos entre distintos departamentos, organismos y Administraciones dentro de la Comunidad Autónoma, aunque no sea de acceso directo al ciudadano no quiere decir que no vaya a satisfacer intereses netamente de carácter general, pues lo contrario es sostener una concepción claramente restringida del servicio público. La Sentencia del TS de 19 de diciembre de 2003¹²⁹ considerará aplicable la exención en los supuestos en que el “servicio público” se concretaba en las canalizaciones efectuadas por la Comunidad Autónoma para el tendido de cable de fibra óptica, dándose la circunstancia de que la transmisión por cable iba a utilizarse en las comunicaciones internas de los Departamentos de la Administración regional, no ofreciéndose al público en general con una tarifa. El discurso se centra en el alcance del

**LAS CORPORACIONES
LOCALES PUEDEN
ESTABLECER LA TASA,
PERO NO PODRÁN
ESTABLECER BENEFICIOS
FISCALES, SALVO QUE
TENGAN ALGÚN ASIDERO
NORMATIVO**

(127) JT 2005, 512.

(128) JT 1703.

(129) RJ 2004, 613.

concepto “servicio público” que contiene el precepto. A juicio del Alto Tribunal este concepto ha de resultar impreciso en su definición estructural para adaptarlo casuísticamente a la finalidad perseguida por cada norma. La que ahora nos interesa pretende excluir el gravamen de un sector de interés general, no alterándose la finalidad de la norma por la circunstancia antes referida. Entiende pues el TS que el aprovechamiento ha de quedar exento.

Tercero, que el aprovechamiento sea “inherente” a los servicios públicos. La jurisprudencia lo ha considerado tradicionalmente en cuanto a la tasa por badenes que gravaría la utilización de la vía pública por los antes mencionados servicios públicos de Correos (cfr. Sentencias del TSJ Andalucía, Sevilla, de 23 de mayo de 2001¹³⁰; del TSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de abril y 17 de mayo de 1999¹³¹ o del TSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2000¹³²). El TSJ de Aragón consideró mediante su Sentencia de 20 diciembre de 2000¹³³ que no era inherente al servicio público de correos el aprovechamiento que sería gravado por las tasas por ocupación de la vía pública por placas para la carga y descarga de combustible para el suministro al edificio de Correos y Telégrafos. La Sala de Zaragoza explicó además lo que a su entender quería decir en este caso el término “inherente”, señalando que la actividad con la que se realiza el aprovechamiento ha de ser permanente y esencial, de forma que por su naturaleza no se pueda separar de la prestación del servicio en cuestión. Lo que no sucedía en el caso de autos. El TSJ del País Vasco ha considerado “inherente” al servicio público de telecomunicaciones el aprovechamiento que resultaría gravado por la tasa por ocupación del dominio público para la instalación del cableado (por todas, Sentencia de 28 de febrero de 2001, citada). También el Tribunal Supremo, en la reseñada Sentencia de 19 de diciembre de 2003 considera “inherente” al servicio de telecomunicaciones el aprovechamiento que resultaría gravado por la ocupación del espacio público mediante las canalizaciones para el tendido de cable de fibra óptica.

Y, cuarto, que la Administración territorial titular del aprovechamiento explote directamente esos servicios. A mi parecer, ello exigiría que ninguna entidad intermediase en la prestación del servicio público. Lo que concuerda con la no aplicación de la exención desde que se constituyó la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos y ello aunque el titular del aprovechamiento hubiera sido el Estado. Sin embargo, el TSJ del País Vasco ha admitido la no tributación en los casos vistos más arriba, siendo que la instalación del cableado la realizaba la empresa pública Euskalnet, en la consideración de que se trata de una modalidad de “gestión directa” de los servicios públicos.

(130) JT 138.

(131) JT 1682 y 1737.

(132) JT 1620.

(133) JT 489.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Dejando al margen las obras genéricas que traten sobre el sistema fiscal español o sobre la hacienda local, sobre la tasa en general pueden consultarse los siguientes trabajos:

- AAVV: *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*, IEF-Marcial Pons, 1991.
- AGUALLO AVILÉS, A.: *Tasas y precios públicos. Análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional*, Lex Nova, 1992.
- ARAGONÉS BEITRÁN, E.: “Tasas y precios públicos locales”, *Tributos Locales*, núm. 8 (2001), págs. 33-71.
- CHECA GONZÁLEZ, C.: “Tasas locales: hecho imponible y cuantía”, *RDFHP*, núm. 258 (2000), págs. 803-830.
- COBO OLVERA, T.: “El hecho imponible de las tasas de las Entidades Locales: Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las tasas locales”, *RHL*, núm. 83 (1998), págs. 299-316.
- LAGO MONTERO, J.M. y GUERVÓS MAÍLLO, M.A.: *Tasas locales: cuantía*, Marcial Pons, 2004.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J.: *Tasas y precios públicos en el Derecho español*, IEF-Marcial Pons, 1995.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y ANEIROS PEREIRA, J.: *Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos*, Edersa, 2004.
- RUIZ GARIJO M.: *Problemas actuales de las tasas*, Lex Nova, 2002.
- *Tasas locales (municipales y provinciales)*, Edersa, 2002.
- SÁNCHEZ GALIANA, J.A.: “Tasas y precios públicos que afectan a los bienes inmuebles en el ámbito local”, *RDFHP*, núm. 257 (2000), págs. 463-540.
- SIMÓN ACOSTA, E.: *Las tasas de las entidades locales (el hecho imponible)*, Aranzadi, 1999.

También reseñaré algunos trabajos dedicados específicamente a problemas propios de las tasas por utilización del dominio público:

- ARAGONÉS BEITRÁN, E.: “¿Resurrección de los gravámenes sobre la publicidad?”, *Tributos Locales*, núm. 4 (2001), págs. 63-80.

- BARBERENA BELZUNCE, I.: “Naturaleza jurídica del canon por ocupación de bienes comunales. A propósito de la sentencia del TSJ de Navarra de 1/4/2001”, *Tributos Locales*, núm. 18 (2002), págs. 93-10.
- CALVO VÉRGEZ, J.: “En torno a la tasa sobre el aprovechamiento de la vía pública por los cajeros automáticos”, *EF (serie verde)*, núm. 271 (2005), págs. 233-240.
- GARCÍA MORENO, A.: “El precio público por Estacionamiento de Vehículos de Tracción Mecánica”, *Palau* 14, núm. 25 (1995), págs. 73-98.
- LOZANOSERRANO, C.: “Sujeción de los cajeros automáticos a la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local”, *JT*, núm. 15 (2001), págs. 18-20.
- RUBIODE URQUÍA, J.I.: “La realización de una misma obra puede dar lugar a la exacción de dos tasas distintas”, *Tributos Locales*, núm. 48 (2005), págs. 7-10.
- “Nuevas perspectivas para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local”, *Tributos Locales*, núm. 31 (2003), págs. 7-11.
- RUIZ GARIJO M.: “Tasa por el transporte de maderas procedentes de talas de montes. Problemas. Comentario a la STSJ de Asturias de 27 de noviembre de 2000”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 4 (2003), págs. 89-108.
- SIMÓN ACOSTA, E.: “Tasas por autorización de usos especiales en las playas”, *JT*, núm. 17 (2001), págs. 11 y 12.

A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa*

ANTONIO EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Zaragoza

Resumen

A VUELTAS CON LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS. LA SITUACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS A VEINTE AÑOS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE AGUAS DE 1985. ALGUNAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

El examen de la evolución de la normativa de aguas continentales en distintos países, también en España, marca un camino inequívoco de afirmación de titularidad pública o de profunda intervención pública en su gestión. La normativa comunitaria en materia de aguas no distingue, desde el punto de vista de la calidad, la titularidad jurídica de las aguas y coloca en idéntica situación a las públicas y a las

privadas. A la luz de esta realidad debe contemplarse la tormentosa evolución de las aguas subterráneas en España a los veinte años de la entrada en vigor (1 de enero de 1986) de la Ley de Aguas de 1985. Es precisa una actuación profunda y coherente de los poderes públicos a los efectos de solucionar determinadas situaciones indeseables que, en relación a las aguas subterráneas, se dan en España.

Abstract

ABOUT THE PROPERTY OF THE WATERS. THE SUBTERRANEAN WATERS SITUATION TWENTY YEARS AFTER THE LAW OF WATERS OF 1985 TOOK EFFECT. SOME PROPOSALS OF NORMATIVE MODIFICATION

The examination of the evolution of continental waters normative in different countries,

also in Spain, marks an unequivocal road of affirmation of public ownership or of deep

(*) El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEC2003-08643/JUR INFRAESTRUCTURAS, VALORES PUBLICOS Y MEDIO AMBIENTE.

public supervision in its management. The communistic normative in the matter of waters doesn't distinguish, from a quality point of view, the juridical ownership of the waters and places in an identical situation to the public and to the private ones. By the light of this reality must be meditated on the stormy

evolution of the subterranean waters in Spain twenty years after the Law of Waters of 1985 took effect (January 1 1986). It is necessary a deep and coherent action of public powers to resolve some undesirable situations that, in relation with subterranean waters, take place in Spain.

Sumario:

I. Lo público y lo privado en el ámbito de la propiedad de las aguas. Atención especial al significado de las novedades derivadas del Derecho Comunitario. II. La generalización del dominio público hidráulico en la Ley de Aguas de 1985. La dificultosa realización de ese principio en lo relativo a las aguas subterráneas. III. Una actitud de los poderes públicos a veces sin guías claras y con contradicciones. La consiguiente necesidad de modificar el ordenamiento jurídico de las aguas subterráneas para propiciar una actividad más coherente de los poderes públicos. A) Ejemplos de la actividad contradictoria y, a veces, inútil de los poderes públicos en el ámbito de las aguas subterráneas. B) La modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento y la transformación de la titularidad privada en concesional. C) Algunas reformas normativas que podrían cooperar a la mejora del estado de las aguas subterráneas.

I. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS. ATENCIÓN ESPECIAL AL SIGNIFICADO DE LAS NOVEDADES DERIVADAS DEL DERECHO COMUNITARIO

Creo que en pocos países del mundo el debate sobre la propiedad pública o privada de ciertas clases de aguas continentales habrá alcanzado la virulencia –y, paralelamente, la profundidad y hasta sofisticación en el razonamiento– del nuestro¹. Y ello a partir, sin embargo, de unas premisas jurídicas que configuran formalmente la propiedad pública de las aguas como la regla general y como excepción la posibilidad de propiedad privada,

(1) Por razones que se comprenderán inmediatamente con la consideración del conjunto de este trabajo, dejo fuera de lado cualquier incursión en el tema de si el dominio público constituye en el derecho español una verdadera relación de propiedad o meramente un título de intervención. En otro momento habrá ocasión de volver sobre ello pero la perspectiva que aquí se utiliza –coincidente, por otra parte, con el planteamiento de los problemas tratados en la jurisprudencia– se ciñe a las cuestiones de atribución de propiedad sobre aguas como un derecho del presunto titular, público o privado.

al menos en una consideración inicial y sin realizar el lógico trabajo de profundización e interpretación sobre el marco jurídico correspondiente².

Propiedad pública de las aguas en el derecho español, en principio, que coincidiría, también en principio, con la tendencia generalizada en muy distintas legislaciones a ir caminando en la senda de la afirmación de la propiedad pública de las aguas³ o, al menos, en el reconocimiento —y sus consiguientes consecuencias jurídicas— de la dificultad de que exista una propiedad privada sobre las mismas con las características habituales de la propiedad civil y ello por las particularidades del medio, el agua, sobre el que se ejercería⁴ lo que lleva a que, en todo caso, se hable del agua como de la más relevante de las propiedades especiales⁵.

Esto parece evidente, como también lo es que esas dificultades de ejercicio de la propiedad privada sean, sin ninguna duda, muy importantes lo que coopera, como reacción, en la consecución de la publicación real de una relación jurídica que inicialmente ha solido ser privada en lo relativo, al menos, a algunas clases de aguas (no a las de los ríos o corrientes superficiales continuas, por ejemplo, donde de siempre ha estado presente la característica de propiedad pública o común y la utilización de todos⁶). Por otra parte y al margen de las características físicas del medio, también hay que destacar como causa determinante del resultado que noto la de encontrarnos ante un recurso natural, imprescindible para el desarrollo de la vida humana, de la economía, de los ecosistemas, lo que en realidad y sobre todo ocasiona una intervención inevitable de

EN POCOS PAÍSES DEL MUNDO EL DEBATE SOBRE LA PROPIEDAD PÚBLICA O PRIVADA DE CIERTAS CLASES CONTINENTALES SERÁ TAN INTENSO COMO EN ESPAÑA

(2) Cfr. el artículo 2 y las Disposiciones Transitorias Segunda, Tercera y Cuarta de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y ahora los preceptos adecuados en el TRLA que se examina más adelante.

(3) Lo he constatado con algún detenimiento en “Evolución del derecho y de la política del agua en España”, RAP, núm. 159, 2001, págs. 61 y ss.

(4) Las referencias a estas características biofísicas del agua (cae del cielo, fluye, se evapora, es difícilmente “aprehensible”...) y la dificultad consiguiente de atribuir derechos de propiedad en el sentido tradicional, han sido siempre resaltados por quienes se han aproximado a esta temática. Vid. en relación al derecho español a S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho de aguas*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 107 y ss., remitiéndome también a toda la bibliografía citada por este autor. En la doctrina comparada reciente es muy sugerente la síntesis de Antoinette HILDERING, “Water as an Economic good”, en *Water resources and International Law* (dir. L. BOISSON DE CHAZOURNES y S.M.A. SALMAN), Hague Academy of International Law, Martines Nijhoff publishers, Boston, 2005, págs. 209 y ss. y especialmente 212). El trabajo, como digo, es muy adecuado e interesante, desde la perspectiva de éste, por el punto de partida sobre las dificultades de la propiedad privada de las aguas dadas las características físicas de las mismas y la amplia bibliografía francesa y anglosajona que utiliza de inapropiada repetición en este lugar.

(5) Sobre la cuestión, igualmente S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho de aguas*, op. cit., págs. 111 y ss., remitiéndome, otra vez, a todo su tratamiento y bibliografía utilizada. Es claro que en este contexto la referencia a la STC 227/1988, de 29 de noviembre, y al tratamiento histórico que la misma realiza del agua como propiedad especial, es obligada.

(6) Prefiero evitar lo que aquí podría considerarse como necesaria incursión en el derecho romano con la remisión a un trabajo relativamente reciente. Vid., así, C. CARRASCO GARCÍA, *Res communes omnium: ¿categoría jurídica del Derecho romano con vigencia en la actualidad?*, *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, noviembre 2001, págs. 19 y ss.

los poderes públicos sea para conseguir su preservación o para su más racional utilización con el lógico resultado de una publicación real, material, del conjunto de las aguas como nota alguna doctrina construida sobre la base de un amplísimo estudio de derecho comparado⁷ aun cuando no siempre se acuda formalmente a la expresión “propiedad pública” como predicada del género “agua”⁸.

Existen otros países como los de cultura musulmana en los que el agua, por razones y principios muy vinculados con creencias religiosas, se considera de por sí como propiedad pública⁹ con imposibilidad, excepto en supuestos muy concretos, de apropiación privada¹⁰ y con independencia de que su uso, mediante un sistema de permisos o concesiones susceptibles de comercio, pueda pertenecer a los particulares¹¹.

Sólo en el ámbito de las aguas subterráneas —que en su origen es en las que mejor que en cualesquiera otras¹² se expresa un sistema de propiedad privada que se fundamenta originalmente en la propiedad de la tierra bajo la que dichas aguas se encuentran¹³—, se mantiene en algunos países la propiedad privada bien que, normalmente, aparece junto a ella

(7) Cfr. Dante A. CAPONERA, *Principles of water law and administration*, A.A. Balkema, Róterdam, 1992, pág. 139.

(8) Puede recordarse aquí al derecho francés desde su Ley de 3 de enero de 1992 que utiliza el concepto de “patrimonio común” con independencia de que se siga reconociendo la propiedad privada sobre bastantes manifestaciones del agua (las subterráneas, por ejemplo). Pero la cuestión no es del todo pacífica en la última doctrina francesa. Vid., así, el expresivo título del trabajo de V. VARNEROT, “L'étrange pérennité du droit de propriété sur les eaux souterraines. A propos de la décision du TGI Angers en date du 12 juillet 2001”, en *Revue Juridique de l'Environnement*, núm. 2, 2002, págs. 135 y ss. Igualmente y resaltando las contradicciones en el derecho francés sobre la dominialidad del agua dado que no se afirma expresamente el carácter de bien de dominio público de la misma (en los casos en que no es privada), sino de los cursos de agua, vid. últimamente G. CHAVRIER, “La qualification juridique de l'eau des cours d'eaux domaniaux”, *RFDA*, septiembre-octubre 2004, págs. 928 y ss. También y en esta dirección puede recordarse el primer punto de los considerandos de la Directiva 2000/60/CE sobre el que se vuelve luego en el texto.

(9) Hago la advertencia de que ello no supone, ni mucho menos, la aplicación de nuestro concepto de “dominio público” sino que bajo el concepto de “público” pueden entenderse en los países de cultura islámica formas de propiedad colectiva, comunal, tribal, etc. Ello está muy claro en los trabajos que se citan en las notas siguientes a ésta.

(10) Estos supuestos serían: el agua contenida en *containers* privados, el agua procedente de las plantas de tratamiento, los sistemas de distribución y los embalses. Es, en suma, un agua producida por el hombre. Como destaca Naser I. FARUQUI “es un agua en la que trabajo, infraestructura y conocimiento han sido invertidos para obtenerla”. Cfr. “Islam and water management. Overview and principles”, en las págs. 1 y ss. de *Water management in Islam* (ed. Naser I. FARUQUI, Asit. K. BISWAS y Murad J. BINO), United Nations University Press, Ottawa, 2001, especialmente págs. 12 y ss.

(11) Cfr. Dante A. CAPONERA, “Ownership, pag. and transfer of water and land in Islam”, en las págs. 94 y ss. de *Water management in Islam*, op. cit. Por cierto que el trabajo, con la utilización masiva de fuentes propias de las culturas suní y chií, pone el acento en la posibilidad de transferencia de derechos de uso del agua en la cultura islámica, afirmación que muchas veces aparece negada en trabajos de corte mucho más frívolo —y divulgativo— que el citado. Otros muchos estudios del libro colectivo que cito, inciden en esta posibilidad de transmisión de derechos de agua por precio expresado económicamente (el de FARUQUI cit. en la nota anterior así como los de M.T. KADOURI, Y. DJEBBAR y M. NEHDI, “Water rights and water trade: an islamic perspectiva”, págs. 79 y ss., el de Kazem SADR, “Water markets and pricing in Iran” págs. 103 y ss., y otro del mismo FARUQUI, “Intersectoral water markets in the Middle East and North”, págs. 115 y ss.) profundizando en las condiciones de un sistema de tarifas en la cultura islámica, dentro de las que se advierten curiosas presencias de lo que entre nosotros comenzamos a llamar, siguiendo la senda de la Directiva comunitaria 2000/60/CE, “principio de recuperación de costes de los servicios proporcionados por el agua”.

(12) Lo mismo que se dice en el texto vale para el agua de los manantiales, en su origen subterránea y surgente de forma natural, sin la acción del hombre.

(13) Cfr. A. NIETO, “Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico”, *RAP*, núm. 56, 1968, págs. 9 y ss., que destaca en la legislación española el predominio del propietario del suelo para hacerse con la propiedad de las aguas frente a un sistema más lógico que hubiera primado los derechos del inventor. Su trabajo, auténticamente extraordinario, es la muestra de los excesos a que la “vieja” legislación española conducía a favor del propietario y, al tiempo, enseña una posición del “inventor” que normalmente es poco compatible con la conservación de los acuíferos. En suma, se trata de una crítica del excesivo “patrimonialismo individualista” que reflejaba esa legislación (pág. 92).

la intervención más o menos intensa publicadora que refiero¹⁴. Un ejemplo bien claro de lo que estoy indicando es el de los Estados Unidos de América¹⁵, país en el que conviven, como es bien sabido, distintos sistemas jurídicos con fundamentos muy diferentes aun cuando la característica del “uso razonable” de las aguas (de construcción fundamentalmente jurisprudencial aun cuando con presencia en las distintas legislaciones aplicables), se introduzca en el núcleo de todos ellos postulando, a su través, evidentes limitaciones a un puro sistema de apropiación privada en los casos en que éste exista y partiendo, en cualquier supuesto, de una atención a los intereses generales que, de una u otra forma, estarían implícitos o contenidos en esa expresión del “uso razonable”¹⁶.

En suma, nos encontramos ante tendencias bien nítidas en su orientación general¹⁷, bien que no siempre los sistemas jurídicos se nos aparezcan completamente “puros”, sin “mácula”, fácilmente ubicables en una o en otra situación: unos en el hipotético punto de partida (de la propiedad privada) y otros ya en el también hipotético punto de llegada (de la propiedad pública, digamos simplificando). Y también existen sistemas en que más allá de la literalidad de los preceptos jurídicos se dan notas de convivencia real de aguas de propiedad pública o privada, como sabemos que sucede, y no sorprendentemente, entre nosotros; igualmente podremos observar importantes normas en las que habrá silencio sobre tal cuestión.

Dejando para más adelante el introducirnos decididamente en nuestro derecho, me refiero a esta última cuestión apuntada, la del silencio, y ello con la finalidad de especular acerca del significado jurídico que tal omisión de planteamientos en las normas puede representar¹⁸, al menos en alguna muy relevante. Efectivamente, la Directiva comunitaria 2000/60/CE, como antes he recordado en nota, es un ejemplo muy singular de lo que

(14) Vid. las tendencias generales en los trabajos de S. BURCHI y M. NANNI, “How groundwater ownership and rights influence groundwater intensive use management”, en *Intensive use of groundwater. Challenges and Opportunities*, (R. LLAMAS y E. CUSTODIO editores), Balkema, 2003, págs. 227-240; igual S. BURCHI, “National regulations for groundwater: options, issues and best practices”, en *Groundwater. Legal and Policy perspectives*, (M.A. SALMAN, editor), World Bank Technical Paper, núm. 456, Washington, 1999, págs. 55-67.

(15) Y valen en este lugar igualmente las notas anteriores en relación al derecho francés.

(16) Cfr. sobre lo que se dice en el texto a D. GETCHES, *Water Law*, 3ª ed., West publishing co, Sant Paul, 1997, pág. 247 y J.L. SAX, R.H. ABRAMS, B.H. THOMSON, *Legal control of water resources. Cases and materials*, West publishing co, Saint Paul, 1991, págs. 374 y ss. Más reciente y limitado el estudio a una parte del territorio norteamericano, cfr. Charles W. HOWE, “Property rights, Water rights and the changing scene in western water”, en las págs. 176 y ss. de *Water institutions: policies, performance and prospects*, (ed. Chennat GOPALAKRISHNAN, Cecilia TORTAJADA y A.K. BISWAS), Springer, Berlín, 2005.

(17) En el derecho italiano, que también ha procedido en su última legislación (Ley llamada Galli de 5 de enero de 1994) a la publicación del agua, puede verse la autorizada opinión de N. LUGARESI, *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela e di gestione*, Giuffrè editore, Milán, 1995, quien afirma que la publicación sucede porque, en realidad, lo que son públicos son los intereses que se mueven en torno a las aguas subterráneas (pág. 410). En el caso del derecho argentino también se ha producido la publicación con la reforma del Código civil de 1968 si bien en opinión de A.P. CHEDE subsisten zonas dudosas y ámbitos de discusión doctrinal. Cfr. de este autor “Régimen jurídico de las aguas subterráneas en la República Argentina” en las págs. 59 y ss. del vol. II de A. EMBID (dir.), *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 64 y ss. La reforma de la legislación chilena de aguas de junio de 2005, acentúa los aspectos de intervención pública sobre el agua, intervención pública prácticamente inexistente antes de esa reforma legal. Es obvio que las citas en este lugar podrían ser interminables porque el fenómeno es universal y, por ello, basta con la serie de botones de muestra proporcionada.

(18) Es curioso notar, en un planteamiento vulgar de ciencias comparadas, que prácticamente sólo en el Derecho –y dentro de él, sobre todo en el público– el silencio tiene un significado que es necesario investigar. Eso no es común, como digo, en los planteamientos de otras ciencias donde el silencio simplemente equivale al no planteamiento de un problema o, en todo caso, de su solución. La excepción sería el campo de la Música, donde el “silencio” cobra pleno significado a través, incluso, de signos de anotación con diferente extensión temporal según el que se utilice.

indico en cuanto tras alguna afirmación sugeridora de la orientación pública de la misma hay, en la realidad, un silencio sobre el tema que nos ocupa. Recuerdo, así, cómo en su primer considerando se indica que:

“El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio¹⁹ que hay que proteger, defender y tratar como tal.”

Pero esta afirmación se encuentra, como digo, en su parte expositiva y más allá de ella no existe ningún pronunciamiento sobre la propiedad pública o privada del agua en la parte articulada, la realmente decisiva. Muy probablemente hay razones más que lógicas para este silencio, pues la Directiva comunitaria se configura claramente como el ordenamiento “cabecero” de un más que importante sector jurídico y en el que nada menos que 25 países —y 27 a partir de la próxima incorporación en 2007 de Rumanía y Bulgaria—, deberán fijarse para adaptar sus respectivos derechos internos²⁰. La Directiva 2000/60/CE, en realidad, pretende homogeneizar planteamientos del agua desde el punto de vista ambiental, pero no proceder a unificaciones formales, básicas, de régimen jurídico²¹.

Ahora bien, miradas las cosas desde otro punto de vista, lo que podríamos deducir ahora como evidente conclusión es que para la Directiva que cito es indiferente la calificación que los derechos nacionales realicen acerca de la propiedad del agua pues todos ellos están sometidos a la misma obligación de conseguir un “buen estado” de las aguas (sean públicas o privadas) para el año 2015²². Y, por tanto, para todas las aguas (sean públicas o privadas) se configuran las mismas obligaciones. Para todas ellas, así, juegan y son vinculantes las determinaciones que contengan los Planes Hidrológicos de cuenca con ámbito de demarcación²³; todas las aguas con independencia de su naturaleza jurídica están sometidas a las mismas posibilidades interventoras de los poderes públicos²⁴; todas sometidas

(19) Recuerdo la coincidencia parcial de la expresión comunitaria con el derecho francés a partir de su Ley de 1992 que habla del agua como “patrimonio común”.

(20) Esa mención induciría a ciertos planteamientos de tipo general sobre lo que debería ser el derecho comunitario expresado en las Directivas: unos ciertos principios auténticamente mínimos, mucho menos que las “bases” del derecho interno español, al menos regularmente. Eso sí, con principios y objetivos muy claros sobre lo que se debe conseguir a través de cada derecho interno. El principio de subsidiariedad cooperaría también a ese resultado. Creo que en el plano de las aguas, eso debería ser una directriz general para evitar posteriormente dificultades aplicativas pero, como insisto, dejando clarísimamente establecidos los objetivos ambientales a conseguir. No siempre se comporta así el legislador comunitario.

(21) Quizás el planteamiento es enteramente coherente con el artículo 295 TCE: El Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros.

(22) Vid., sin necesidad de entrar en más detalles, la especificación de objetivos ambientales para las distintas clases de agua en el artículo 4 de la Directiva.

(23) Cfr. artículo 13 de la Directiva. ¿Qué lejanas quedan, pues, las posiciones de mucha de nuestra doctrina comentadora de la Ley de Aguas de 1985 y que afirmaba, como algo natural, la “exención” de las aguas privadas en relación a la nueva técnica de la planificación hidrológica! El hacer citas doctrinales en este lugar es una tarea perfectamente inútil en los tiempos que corren pero, en todo caso, creo que una reforma atinada de la Ley de Aguas debería reparar en que ya no es exacto el contenido del artículo 1.4 TRLA, por limitador. En efecto, no sólo la actuación sobre el “dominio público hidráulico” debe entenderse sometida a la planificación hidrológica, sino también, al menos en el contenido específico de los Planes derivado de la Directiva 2000/60/CE (el ambiental con las manifestaciones concretas referidas en tal Directiva), las aguas privadas.

(24) Vid., por ejemplo, la autorización administrativa que regula el artículo 11.3.e) de la Directiva 2000/60/CE para la captación y embalse de aguas superficiales y que, otra vez, no distingue la naturaleza jurídica de las aguas. La exención

das al mismo régimen de gestión global con la inclusión de las aguas subterráneas en las demarcaciones hidrográficas, etc.²⁵. ¿Tiene sentido, entonces, la dicotomía aguas públicas-privadas desde la perspectiva ambiental de tan importante norma que vincula, además, a los ordenamientos jurídicos internos? ¿No está anunciando esta Directiva —y su transposición y aplicación en el ámbito interno— una relajación decisiva —una más— en la distinción cada día menos nítida entre las aguas públicas y las privadas?

Dejemos que la respuesta se vaya produciendo insensiblemente a lo largo de estas páginas y, sobre todo, en la vida práctica del Derecho²⁶. En todo caso me parece claro que la diferencia de régimen jurídico entre aguas privadas y públicas no va a desaparecer en los países miembros de la Unión Europea completamente y como consecuencia sólo de esta Directiva (de su transposición y cumplimiento, para ser más exactos). Ni, tampoco, que no vayan a existir dificultades aplicativas a la hora de llevar a la realidad esa unificación de régimen jurídico que en ciertas cuestiones se deriva de la Directiva. Ni mucho menos. Mi posición no llega hasta el punto de decir que la Directiva 2000/60/CE es el punto final, el elemento mediante el cual se concluye por difuminar definitivamente los límites —ya bastante desdibujados, bien es verdad—, entre aguas públicas y privadas en nuestro derecho (y en otros derechos de países comunitarios), sobre todo allí donde las aguas subterráneas privadas se encontraban en acuíferos sometidos a fuertes medidas de intervención²⁷ y en situación de mezcla inescindible con aguas subterráneas de naturaleza pública, pero desde luego lo cierto es que los argumentarios jurídicos para encontrar líneas decisivas de separación en determinados supuestos —que seguirán existiendo— deberán ser cada vez más sofisticados y, presumo, en el límite cada vez también menos convincentes. Y esto es sólo, me parece, el principio de los múltiples efectos que inevitablemente se irán derivando del derecho comunitario si éste sigue siendo configurado, como me parece inevitable, con los principios con que lo es en la actualidad dado el

**PARA LA DIRECTIVA
2000/60/CE
ES INDIFERENTE
LA CALIFICACIÓN QUE LOS
DERECHOS NACIONALES
REALICEN ACERCA DE
LA PROPIEDAD DEL AGUA,
AL ESTAR OBLIGADOS A
CONSEGUIR UN “BUEN
ESTADO” DE LAS AGUAS
PARA EL 2015**

de tal autorización es posible para los Estados, sí, pero sólo para aquellas “captaciones o embalses que no repercutan de manera significativa en el estado del agua”.

(25) Sobre las demarcaciones vid. el artículo 3.

(26) En el caso de las aguas subterráneas de una misma “masa” y en las que existan titularidades diversas (propietarios y concesionarios) se refuerzan tremendamente las razones indicadas en el texto. Y mucho más, obviamente, si las masas de agua están en riesgo de no poder alcanzar los objetivos de buen estado fijados, por seguir la terminología comunitaria.

(27) Lo que ahora y en la terminología comunitaria deberíamos denominar como masas de agua subterránea en riesgo de no cumplir los correspondientes objetivos ambientales.

sentido tan acuciante de los problemas ambientales a los que, predominantemente, debe atender²⁸.

La idea que estoy desarrollando, en general, va también en la línea de constatar cómo se van produciendo homogeneizaciones materiales de diversos derechos nacionales de aguas a partir de planteamientos puramente ambientales y más allá de las consideraciones particulares de historia y, sobre todo, de clima que son las que tradicionalmente han determinado el sesgo específico de los derechos de aguas de los distintos países. La idea la he expuesto ya en otros lugares²⁹ y creo que cada día se proporcionan más pruebas de lo ajustado de la misma frente a una visión más tradicional y, creo, cada vez más alejada de lo que en realidad está sucediendo³⁰.

Todo lo anteriormente expuesto no ha sido concebido como un fin en sí mismo sino, solamente, como un pórtico adecuado, pienso, para introducirnos en las consideraciones específicas que desde el punto de vista de la propiedad de las aguas merece el derecho español a 20 años de la entrada en vigor de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, que, como se recordará, tuvo lugar el 1 de enero de 1986. En ese momento se pusieron en marcha los mecanismos de opción que recogían las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera y que otorgaban a los titulares de aguas de manantial o de pozos, la posibilidad de mantenerse en la situación en la que se encontraban o de pasar al régimen público a través de una situación intermedia de aprovechamiento temporal de aguas privadas que duraría 50 años y al cabo de los cuales tendrían derechos preferentes para la obtención de una concesión (simplificando el contenido de los preceptos nombrados). El objetivo de lo que resta del trabajo es hacer una sucinta valoración de la situación material existente tras esas opciones para pasar, finalmente y tras constatar el fracaso en la práctica de lo previsto en la Ley de Aguas de 1985, a especificar lo que podrían ser líneas de desarrollo en el marco de una posible reforma de la Ley de Aguas³¹.

(28) Porque las medidas de intervención comunitaria continúan. En el momento de redactar estas páginas se encuentra bastante avanzado en su tramitación el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación.

(29) Por ejemplo, en "Evolución del derecho...", págs. 61 y ss. y 89 y ss.

(30) La idea de que el clima (con la consiguiente abundancia o escasez de las precipitaciones y, por tanto, del agua) determina el contenido de los derechos nacionales de aguas está muy generalizada. Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho de aguas*, op. cit., págs. 122-123, con la distinta bibliografía que utiliza. Aun siendo en origen cierta, hoy lo es cada vez menos y, desde luego, no permite explicar el fuerte proceso de homogeneización basado en exigencias puramente ambientales que refiero en el texto.

(31) Los problemas de la dialéctica propiedad pública-propiedad privada en nuestro derecho no se limitan a la cuestión nombrada, sino que también es muy importante en esa óptica la evolución del régimen de la desalación de las aguas marinas que ha dado distintas respuestas a esa cuestión hasta llegar a un nuevo cambio con la reciente Ley 11/2005, de 22 de junio (Disposición Final Primera). Un planteamiento distinto al de este artículo, comprensivo de toda la problemática jurídica de la propiedad de las aguas, tendría que atender también a esta cuestión que aquí sólo puedo apuntar por lógicas razones de espacio.

II. LA GENERALIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN LA LEY DE AGUAS DE 1985. LA DIFICULTOSA REALIZACIÓN DE ESE PRINCIPIO EN LO RELATIVO A LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

La Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, se planteó desde el punto de vista de la propiedad de las aguas como “demanializadora”. Bebía de las fuentes y del ejemplo inductor presente en el artículo 132.2 CE³² que calificaba como bienes de dominio público estatal a “los que determine la ley” nombrando luego, específicamente, a algunos como la “zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”³³. Probablemente la Constitución española mostraba en esta demanialización *ex Constitutione* más su aspecto de rechazo y “reacción” contra una situación jurídica del pasado a la que se consideraba indeseable, que el aspecto —presente también, por supuesto, en este precepto— de “configurador” para el futuro de otra forma de concebir la estructura del país y las relaciones jurídicas entre poderes públicos y ciudadanos³⁴.

La Ley de Aguas de 1985 quería ser la Ley a la que apelaba la Constitución³⁵ y por eso procedía a la calificación como parte del “dominio público hidráulico del Estado” de cualquier tipo de aguas, lo que afectaba especialmente a las subterráneas tal y como se deducía de su capital artículo 2.a)³⁶. No existía más límite para esa demanialización que la “renovabilidad” de las aguas subterráneas, pues no alcanzaba a las aguas no renovables el mandato demanializador dada la importancia que el principio del ciclo hidrológico tenía en la configuración del conjunto de la Ley³⁷ y al margen de las evidentes dificultades —casi insalvables— para fijar qué deba entenderse —y sobre todo comprobarse en la mayor

(32) De entre los muchos trabajos sobre el precepto me remito al comentario de Fernando SÁINZ MORENO, en las págs. 184 y ss. de los *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dir. Óscar ALZAGA), 2ª ed., Madrid, 1998.

(33) El planteamiento ambicioso de la Constitución será refrendado en toda la línea por la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Por eso en el ámbito del dominio público marítimo-terrestre se ha generado una amplia literatura sobre su significado teniendo en cuenta, además, la posterior STC 147/1991 que afirma la constitucionalidad de sus soluciones. Cfr., así, J. GONZÁLEZ SALINAS, *Régimen jurídico actual de la propiedad en las costas*, Civitas, Madrid, 2000; J.L. BLASCO DÍAZ, *Régimen jurídico de las propiedades particulares en el litoral*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999; M.ª del Pino RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El dominio público marítimo-terrestre: titularidad y sistemas de protección*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

(34) Lo que se dice en el texto es típico de Constituciones que, apelaciones tópicas al margen, representan una ruptura y hasta reacción con muchos aspectos del pasado, como sucede con la Constitución de 1978 que, en el aspecto que nos interesa, rechaza la posibilidad de enclaves privados en la zona marítimo-terrestre y en las playas que permitía la Ley de Costas de 1969. En la doctrina y tratando de imponer una barrera a la inevitable consagración de la apropiación privada, fue singular y de una alta calidad jurídica el trabajo de J. LEGUINA VILLA, “Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar”, *RAP*, núm. 65, 1971, págs. 59 y ss.

(35) La Ley fue la primera de las “grandes” leyes postconstitucionales sobre el dominio público. Luego le seguirán muy rápidamente la de Carreteras (Ley 25/1988, de 29 de julio) y, sobre todo, la de Costas (Ley 22/1988, de 28 de julio) sobre la que antes se ha resaltado su trascendencia. En todos los casos habrá una muy importante intervención del TC (ya nombradas las SS de Aguas y Costas ahora refiero la 65/1998, de 18 de marzo, centrada en un tema de reparto competencial entre Estado y CCAA sobre el tema de las carreteras). Otras leyes estatales sobre el dominio público (aun cuando puedan tener también otras perspectivas de servicio, como la de puertos, vías pecuarias, montes, etc.) tardarán unos años más en llegar.

(36) Éste es el texto del precepto citado: “Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con la salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación”.

(37) Cfr. artículo 1.2: “Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico”.

parte de los casos— por renovabilidad³⁸. El sistema iba acompañado de unas normas transitorias de compleja factura que, en realidad, permitían a los propietarios³⁹ mantener su situación tal y como existiera en el momento de entrada en vigor de la Ley de Aguas⁴⁰. Ello se instrumentaba a través de una manifestación libre para continuar en tal situación (con la correspondiente inclusión en un registro administrativo, el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca) o integrarse en el régimen público previa una situación de 50 años como titulares de un aprovechamiento de aguas privadas (e inscripción de su derecho en el Registro de Aguas de la Cuenca) y posterior posición preferente⁴¹ para obtener una concesión administrativa. Se disponía de tres años (contados desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas el 1 de enero de 1986) para realizar tal opción (o sea, hasta el 31 de diciembre de 1988). En todo caso la posición de quienes optaran por el mantenimiento en su posición de propietarios privados (mantenimiento de su “titularidad” estrictamente hablando) quedaba absolutamente congelada en el tiempo, pues “el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley”⁴², expresión que sigue permitiendo plantear el problema jurídico acerca de la real extensión del condicionamiento de esta norma; sobre ello volveré más adelante.

La novedad legal y su afección a las aguas subterráneas determinó un extraordinario interés por parte de la doctrina, sobre todo una vez que la STC 227/1988, afirmó la constitucionalidad de las decisiones de la Ley de 1985⁴³.

(38) Es ésta una cuestión técnica y es también desde ámbitos de la técnica desde los que se ha destacado la dificultad del concepto de renovabilidad. En la doctrina jurídica y como casi siempre, *vid.* S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho de aguas*, op. cit., págs. 158 y ss., con la doctrina por él citada. También J.M. ALEGRE ÁVILA, “Naturaleza y régimen jurídico de las aguas subterráneas no renovables”, *RAP*, núm. 130, 1993, págs. 155 y ss. Me parece que la calificación jurídicamente más apropiada para estas aguas subterráneas no renovables o fósiles, sería la de *res nullius*.

(39) Advierto expresamente que se hablaba en dichas normas de “titularidad” o “titulares”, no de “propiedad” y “propietarios”, lo que no significa que el resultado formal final no haya sido equivalente. Eso está reconocido en distintas Sentencias del TS. *Vid.*, por ejemplo, la de 30 de enero de 1996, Ar. 395, FD 1º.

(40) Cfr. Disposición Transitoria Segunda (relativa a las aguas de manantial) 2 y por remisión a ella la Disposición Transitoria Tercera (relativa a las aguas procedentes de pozos o galerías) dos: “Transcurrido el plazo de tres años previsto en el apartado 1, sin que los interesados hubieren acreditado sus derechos, aquéllos mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se derive de la inscripción en el Registro de Aguas”.

(41) A partir del 31 de diciembre de 2035, que es la fecha de terminación de la situación de aprovechamiento temporal de aguas privadas.

(42) El texto pertenece al apartado tercero de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley 29/1985. La realización por el propietario de las actuaciones indicadas determinaba, pues, el cese automático en la situación de propiedad privada y la transformación de su derecho en concesional. Una penalización, pues. A ello se sumaba la previsión expresa de que los propietarios no gozarían de la protección administrativa. Si a eso se suma la aplicación tanto a las aguas públicas como a las privadas de las normas excepcionales para situaciones de crisis, puede concluirse en que había una voluntad muy clara subyacente a la Ley de facilitar (o impulsar) el paso a la situación de propiedad pública. Pero ello no se ha producido salvo excepciones, y parece que las opciones por el mantenimiento en la situación de propiedad privada son cuantitativamente superiores a las del pase a la situación de propiedad pública. Cfr. sobre el tema L. MORELL OCAÑA, “Las titularidades sobre aguas privadas”, *RAP*, núm. 154, 2001, págs. 7 y ss.

(43) *Vid.*, así y entre otros, J.M. DE LA CUÉTARA, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, 1989; S. DEL SAZ, *Aguas subterráneas, aguas públicas. (El nuevo derecho de aguas)*, Marcial Pons, Madrid, 1990; L. MARTÍN-RETORTILLO, “Las aguas subterráneas como bienes de dominio público”, en las págs. 677 y ss. del Libro Homenaje a Villar Palasí, Civitas, Madrid, 1990; E. ALCAIN MARTÍNEZ, *El aprovechamiento privado del agua y su protección jurídica*, Bosch, Barcelona, 1994. J.L. MOREU BALLONGA, *Aguas públicas y aguas privadas*, Bosch, Barcelona, 1996.

El resultado de este sistema, al menos en los lugares más “sensibles” del territorio español desde el punto de vista de la utilización de las aguas subterráneas⁴⁴, es, desgraciadamente, bien conocido: la presentación de miles de solicitudes por los particulares en una u otra dirección (mantener la propiedad privada –la “titularidad” anterior–, sobre todo, pero también pasar a la situación de aprovechamiento temporal de aguas privadas⁴⁵) determinó una incapacidad de los Organismos de cuenca para resolver en tiempo adecuado tales peticiones, máxime cuando muchas de estas solicitudes se correspondían a pozos abiertos, en realidad, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Aguas y, por tanto, su ilegalidad era palmaria *ab initio*; la falta de respuesta administrativa⁴⁶ coexistió, por tanto, con la utilización efectiva de pozos cuya situación jurídica tendría que haberse determinado prontamente para proceder a su cierre inmediato y a la correspondiente sanción; además los progresos técnicos (utilización de potentes bombas eléctricas para la extracción de aguas) ocasionaron que la capacidad de “daño” efectivo de cada pozo incontrolado fuera incomparablemente mayor que lo que antes de 1986 pudiera haberse conocido; en determinados lugares la situación de indisciplina ha pervivido en el tiempo y la apertura de pozos sin intervención administrativa sigue dándose, a lo que cooperan en bastante medida las posibilidades abiertas por la Política Agraria Comunitaria⁴⁷; la Administración hidráulica no reacciona o no lo hace con la celeridad y contundencia debida⁴⁸, con lo que un problema de respeto jurídico se transforma en algunos lugares en un problema social, casi de orden o consideración pública. No obstante se aprobaron declaraciones de acuíferos sobreexplo-

**LA LEY DE AGUAS
DE 1985 SE ACOMPAÑÓ
DE NORMAS
TRANSITORIAS COMPLEJAS
QUE PERMITÍAN A
LOS PROPIETARIOS
MANTENER SU SITUACIÓN**

(44) Como se notará continuamente en este trabajo, esa sensibilidad se manifiesta especialmente en la cuenca del Guadiana, si bien también existen problemas muy singulares de aguas subterráneas, en las del Segura o en ciertas partes del Sur y del Guadalquivir.

(45) Es obvio que sobre las aguas del mismo acuífero (la misma “masa”) se podían hacer opciones distintas, como así sucedió. Eso, entre otras cosas, debe determinar (luego se apuntará algo sobre el particular) que en las Comunidades de usuarios de aguas subterráneas puedan y deban integrarse tanto concesionarios como propietarios de aguas privadas.

(46) En lugares sensibles, como el Alto Guadiana, sólo a partir de 1994 comenzaron a resolverse las opciones por parte de la Confederación Hidrográfica del Guadiana. Pero, como se dice en el texto, esa situación convivía con la diaria apertura de nuevos pozos, éstos ya completamente ilegales y no susceptibles de legalización en las condiciones que fijaba la Ley.

(47) Los autores de la Ley de 1985 no podían sospechar el efecto incentivador para el uso intensivo de las aguas subterráneas que tendría la Política Agraria Comunitaria. No está de más recordar que España no era miembro de las Comunidades cuando se redactó la Ley de Aguas y que nuestro ingreso tuvo lugar el 1 de enero de 1986, la misma fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas y momento a partir del cual se pueden realizar las opciones que he recogido en el texto.

(48) Aun cuando el texto parece contener un reproche exclusivamente dirigido a la Administración hidráulica, en realidad la situación es mucho más compleja y de ella no están ausentes planteamientos puramente políticos y consideraciones sociales. Son muchos miles de personas quienes serían afectadas por medidas de cierre de pozos y sancionatorias; muchas familias afectadas en un modo de vida, muchas veces exclusivo y no necesariamente próspero económicamente. Si no se tiene en cuenta esto, no se acabará de formar un juicio ecuánime sobre lo que en realidad está sucediendo en algunos lugares del país.

tados (para el acuífero 23 o el del Campo de Montiel⁴⁹), con todo lo que ello lleva consigo de limitaciones formales a los aprovechamientos que en algunos lugares siguen sin respetarse.

Las respuestas jurídicas⁵⁰ comenzaron a aparecer bien que algunas fuesen contradictorias o no bien meditadas en todas sus manifestaciones. Al margen de las declaraciones de sobreexplotación y de los Planes anuales de ordenación de extracciones consiguientes, la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, constituye un ejemplo de respuesta contradictoria. Así, prohibirá el otorgamiento de concesiones en los acuíferos sobreexplotados excepto en situaciones de sequía (Disposición Adicional Segunda de dicha Ley que pasa a convertirse posteriormente en la Disposición Adicional Séptima del TRLA de 2001), con lo que se puede plantear el problema de la compatibilidad entre dicha disposición y la Disposición Transitoria Tercera.3 del TRLA que dispone el pase al régimen concesional, como ya hemos visto, de quienes modifiquen las condiciones de su régimen de titularidad privada en el bien entendido de que esta actuación se realice en un acuífero sobreexplotado. En los términos estrictos de la nueva disposición la pregunta es muy simple: ¿qué le sucedería a quien modificara su aprovechamiento privado si no se le puede otorgar una concesión?⁵¹. Igualmente tal precepto plantea la duda de qué concesiones pueden ser esas llamadas a tener efectos en tan singular, indefinido y, presumiblemente, escaso (dos, tres, cuatro años quizás) período de tiempo; desde luego ningún desarrollo reglamentario coopera a que se pueda dar una respuesta a tan básicas cuestiones.

Por su parte, la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 contiene dos prescripciones sobre el particular que tampoco han tenido, hasta el momento, efecto favorable alguno. Por un lado, se ordena la reapertura del Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca durante tres meses para canalizar hacia allí las posibles peticiones pendientes de inclusión en el mismo de propiedad privada de aguas (Disposición Transitoria Segunda que no parece

(49) La declaración provisional de sobreexplotación del acuífero de la Mancha Occidental (lo que en el texto denominó con terminología antigua “acuífero 23”) se acordó por la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Guadiana el 4 de febrero de 1987 y la declaración de sobreexplotación definitiva por Resolución de 15 de diciembre de 1994. En el caso del acuífero del Campo de Montiel (compartido entre las Confederaciones Hidrográficas del Guadiana y del Guadalquivir) la declaración de sobreexplotación provisional procede del RD 393/1988, de 22 de abril, elevándose a definitiva por la Resolución de la Dirección General de Obras Hidráulicas de 12 de junio de 1989. A partir de entonces, en estos lugares el “derecho” de aguas consiste, fundamentalmente, en los Planes anuales de Ordenación de extracciones. La declaración del Campo de Montiel ocasionó, a su vez, una jurisprudencia contradictoria sobre posibles derechos de indemnización hoy, felizmente, solucionada; a ello me refiero en el apartado III.

(50) Entiendo en el texto por respuestas jurídicas las legales. Pero también lo son las jurisprudenciales. Las Sentencias, así, se cuentan por centenares, sobre todo en los lugares más conflictivos, como el Alto Guadiana con múltiples decisiones algunas de ellas enteramente contradictorias entre sí. Es conocido cómo la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura con sede en Cáceres mantiene una línea mucho más favorable a los intereses de los particulares que pretenden la inclusión de sus derechos en el Catálogo de Aguas privadas de la cuenca del Guadiana o en relación a las resoluciones sancionatorias de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, mucho más proclive a afirmar la legalidad de las medidas controladoras de la Confederación Hidrográfica del Guadiana. En la mayor parte de las cuestiones tratadas (medios de prueba, caducidad de expedientes sancionadores, etc.) no hay posibilidad de que el Tribunal Supremo a través de la resolución de recursos de casación imponga una jurisprudencia común lo que no deja de ser desmoralizador, pues las situaciones tratadas son esencialmente las mismas.

(51) El supuesto no es teórico, sino que se ha planteado en la realidad y para mí no tiene más salida que mantener sin ninguna duda la posibilidad de juego de la Disposición Transitoria Tercera.3 del TRLA sin la cual se viene abajo todo el régimen de opciones y consecuencias previsto por la Ley de Aguas de 1985. El razonamiento jurídico que permitiría sostener tal conclusión, no puede desarrollarse en este lugar por razones de espacio.

haber tenido ningún tipo de efecto pacificador de la controversia jurídica y social). Y, por otro, se dispone la formación (en un año) de un Plan especial del Alto Guadiana con la finalidad de “mantener un uso sostenible de los acuíferos de la cuenca alta del Guadiana” y que, entre otras de sus virtualidades, tendría la de reordenar “los derechos de uso de aguas, tendente a la recuperación ambiental de los acuíferos”⁵².

Finalmente debo indicar que disposiciones legales pensadas con buena voluntad, como la libre apertura de pozos para la utilización anual de hasta 7.000 metros cúbicos (cfr. artículos 52.2 de la Ley de 1985 y 54.2 del TRLA de 2001⁵³) han cooperado por su uso indiscriminado por determinados particulares (la Ley no contiene limitaciones a la libre apertura encontrándose sólo éstas, tímidamente, en el RDPH) y la, normalmente, nula respuesta administrativa a la fuerte afección a determinadas masas de agua subterránea con la multiplicación correspondiente de los problemas ambientales. Hoy la situación en ciertos lugares de España en relación a la utilización de las aguas subterráneas constituye un problema ambiental de primera clase⁵⁴ que precisa de la respuesta urgente y, sobre todo, coherente de los Poderes públicos, el Legislativo, el Judicial y las Administraciones con competencias sobre aguas —estatal o de las CCAA— pero también de las administraciones con competencias en materia de agricultura. Y la respuesta debe optar, sin más, entre valores claramente contradictorios: o la pervivencia de las masas de agua subterránea con todo lo que ello significa y de sus ecosistemas asociados (singularmente de los humedales) o su desaparición, en ciertos lugares, a corto o medio plazo más que pronosticable. O el derecho de aguas moderno, ambiental, conservacionista e imbuido por principios de sostenibilidad⁵⁵, o el derecho clásico de minas, digamos simplificando la cuestión desde términos jurídicos y bien gráficos⁵⁶.

(52) Además se indica que el Plan contendrá la autorización de modificaciones en el régimen de explotación de los pozos existentes, la concesión de aguas subterráneas en situaciones de sequía y otras medidas tendentes a lograr el equilibrio hídrico y ambiental permanente de esta cuenca (Disposición Adicional Cuarta de la Ley 10/2001, de 5 de julio). Durante el comienzo de 2004 tuvo lugar un período de información pública de un proyecto de Plan Especial del Alto Guadiana. Cfr. F. DELGADO PIQUERAS y L. ORTEGA ÁLVAREZ, “Aspectos jurídicos del estudio de sostenibilidad y optimización del uso del agua en el acuífero del campo de Montiel”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 37, 2004, que es un estudio promovido por la Comunidad de regantes. En el trabajo los autores proponen medidas inspiradas en dicho Plan para el acuífero del campo de Montiel, fundamentalmente un programa de adquisición de derechos de uso del agua, si bien no precisan la básica cuestión de cuál sería la extensión del derecho de agua que debería adquirir la Administración, si el inscrito en el Catálogo o en el Registro, o el derivado de las limitaciones del Plan anual de Ordenación de Extracciones; obviamente todo es un problema, finalmente, de cuantificación económica, pero hay una cuestión básica, inicial, de “cuantificación” del derecho existente que es la más interesante, jurídicamente hablando, de la problemática abierta en estas cuestiones.

(53) Esta apertura se somete al principio de autorización previa en los supuestos de acuíferos sobreexplotados.

(54) Probablemente el problema ambiental más importante que aqueja a las aguas en nuestro país. Han existido iniciativas sociales de relevancia en esta dirección como el Proyecto de Aguas subterráneas de la Fundación Marcelino Botín que bajo la dirección del profesor LLAMAS ha propiciado la publicación de diversos estudios. Destaco por su importancia específica para el Derecho el libro que tiene como editores a S. DEL SAZ, J. M. FORNÉS y M. RAMÓN LLAMAS, *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 2001. Igualmente y a partir de 2004 debe destacarse la labor del Grupo de Aguas Subterráneas (dirigido por el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid Fernando LÓPEZ-VERA), promotor de una iniciativa de reforma normativa sobre la que vuelvo luego en el texto.

(55) Parece claro que la Directiva comunitaria 2000/60/CE orienta decisivamente esta aparente opción por el lado de la sostenibilidad. Vid. en el artículo 4 los objetivos ambientales para las aguas subterráneas. Sobre la cuestión, específicamente, vid. A. EMBID IRUJO, “Consideraciones jurídicas generales sobre la Directiva-marco de aguas con atención especial a las aguas subterráneas”, en *Revista Interdisciplinar de Gestión ambiental*, enero 2003, págs. 3 y ss.

(56) No me cabe ninguna duda de cuál es la opción que desde los planteamientos del derecho de aguas debe adoptarse, máxime cuando la Directiva comunitaria 2000/60/CE induce a conseguir un buen estado (ecológico y químico) de las aguas para el año 2015 o, si se quiere y con todas las prórrogas posibles, para el año 2027. Sobre el concepto de buen estado, vid. el artículo 5 de la Directiva. Y todo ello, en su transposición al derecho español por el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que con respeto formal pero con gran imperfección material, modifica el TRLA.

III. UNA ACTITUD DE LOS PODERES PÚBLICOS A VECES SIN GUÍAS CLARAS Y CON CONTRADICCIONES. LA CONSIGUIENTE NECESIDAD DE MODIFICAR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PARA PROPICIAR UNA ACTIVIDAD MÁS COHERENTE DE LOS PODERES PÚBLICOS

He hablado en el final del apartado anterior de respuestas coherentes de los poderes públicos, de todos los poderes públicos, como exigencia inexcusable para solucionar los graves problemas ambientales existentes en determinadas masas de agua subterránea y también me he referido como ejemplos concretos a algunas respuestas normativas (de las Leyes 46/1999 o 10/2001) que se han manifestado incapaces de reconducir el fenómeno de la degradación ambiental de ciertas masas de agua subterránea. En el presente apartado y siguiendo por ese camino, voy a seguir proporcionando muestras de políticas y decisiones contradictorias de los poderes públicos, a veces muy costosas económicamente, pero incapaces de conseguir las finalidades que se pretenden (A); a continuación observaré a modo de testigo una de las cuestiones más dudosa y debatida actualmente: qué se entiende por modificación de condiciones en la utilización de las aguas subterráneas y sus consecuencias sobre la pervivencia, o no, de la titularidad privada (B); la clara situación de susceptible de mejora del ordenamiento jurídico de las aguas en este ámbito, me llevará a esbozar, finalmente, unas líneas generales por las que podría discurrir una nueva normativa de las aguas subterráneas que sirviera para facilitar una actividad más decidida y decisiva de la Administración (C).

A) Ejemplos de la actividad contradictoria y, a veces, inútil de los poderes públicos en el ámbito de las aguas subterráneas

Me refiero a distintas medidas de los Poderes públicos adoptadas durante los pasados años, que tienen en su mayoría la característica común de su inutilidad para la resolución de los problemas a los que pretenden atender y, en algunos casos, de su contradicción con otras actitudes de los propios Poderes públicos. Se notará que las mismas están orientadas en relación a un espacio geográfico (cuenca alta del Guadiana) que es en el que se manifiestan de forma más acuciante estos problemas.

Así, el Poder Legislativo intentó mejorar la más que preocupante situación de las Tablas de Daimiel (que es el elemento más representativo de la degradación sufrida por el acuífero 23 dadas, además y sobre todo, las características hidrológicas de las Tablas⁵⁷) a través de la regulación de un trasvase de aguas por medio de la Ley 13/1987, de 17 de julio, de derivación de volúmenes de agua de la cuenca alta del Tajo a través del Acueducto Tajo-Se-gura, con carácter experimental con destino al Parque Nacional de las Tablas de Daimiel, denominación que encierra, en realidad, un trasvase entre las cuencas del Tajo y del Gua-

(57) La bibliografía no jurídica sobre la situación del acuífero 23 y de las Tablas es muy numerosa y básica mucha de ella para comprender jurídicamente la situación existente. Vid., así, a J. SERNA y M. GAVIRIA, *La quimera del agua. Presente y futuro de Daimiel y La Mancha Occidental*, Siglo veintiuno editores, Madrid, 1995; M. VELASCO LIZCANO, *Hablemos del acuífero 23*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Toledo, 2001, AAVV, *Lagunas manchegas*, Aguas de Alcázar, Alcázar de San Juan, 2001.

diana y que ha tenido otras normas posteriores de prescindible cita aquí⁵⁸. La finalidad del mismo puede ser plausible, pero al coexistir con una situación de cierto desgobierno en el uso de las aguas subterráneas, en el fondo y bajo la justificación de salvaguardar un espacio natural –sería teóricamente el primer y único trasvase existente en nuestro país con finalidad puramente ambiental–, para lo que sirve de forma predominante (a partir del momento en que fue operativo y teniendo en cuenta los efectos, sólo iniciales, bonancibles para las Tablas) es para suministrar nuevos caudales al acuífero que mediante su extracción aumentan las posibilidades del uso agrícola insostenible sin que, por otra parte, haya variado la situación de las Tablas que continúan su proceso de degradación parece que irremediable (¿desaparecerá el Parque Nacional en cuanto falte el fundamento mismo de su creación?). En otro orden de cosas, el actual nacimiento del río Guadiana sigue estando situado a mucha distancia de su nacimiento original⁵⁹ sin que esta situación se haya enmendado en lo más mínimo como consecuencia de esta medida. Todo ello a costes económicos no despreciables.

También el Poder Ejecutivo (ahora la Administración de Castilla-La Mancha)⁶⁰ reacciona con un llamado Plan de Compensación de Rentas, que supone la entrega de subvenciones (con origen fundamental en fondos comunitarios y en menor medida de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha) a quienes renuncien total o parcialmente a la utilización del agua a que tengan derecho. El Plan se inicia en 1993 y está ahora concluyendo; se ha utilizado un gran volumen de medios económicos, pero sus efectos –inequívocamente positivos– son por esencia sólo temporales, pues el dinero no ha servido para “rescatar” definitivamente caudales de la titularidad privada y llevarlos al ámbito de disposición pública (y, por tanto, con posibilidad de dedicarlos a usos ambientales preservándolos de cualquier utilización privativa excepto, quizá, en situaciones de sequía), sino para conseguir meras retiradas temporales de la utilización del agua para regadío por los particulares. Queda

**DISTINTAS MEDIDAS
ADOPTADAS POR
LOS PODERES PÚBLICOS
SON INÚTILES PARA
LA RESOLUCIÓN DE
LOS PROBLEMAS QUE
PRETENDEN ATENDER Y
PUEDEN CONTRADECIR
OTRAS ACTITUDES DE
LOS PROPIOS PODERES
PÚBLICOS**

(58) Estudio este trasvase desde su perspectiva de régimen económico-financiero en A. EMBID IRUJO, “Condicionamientos jurídicos de una política de precios del agua”, en *Precios y mercados del agua* (A. EMBID, dir.), Civitas, Madrid, 1996, págs. 84 y ss.

(59) En concreto, a 182 Km, según afirmaba “El País” en su edición del 31 de mayo de 1998, pág. 30. Esta situación del río la trato posteriormente en el texto.

(60) Obviamente la Confederación Hidrográfica del Guadiana y desde la declaración de sobreexplotación de determinados acuíferos, aprueba Planes anuales de Ordenación de Extracciones enteramente plausibles en su contenido y finalidad, pero que coexisten con la realidad de muchos miles de pozos ilegales y sin control consiguiente. Las limitaciones operan, pues, sobre los pozos controlados y los titulares legalizados. No sobre aquellos que están al margen de la norma a los que, por lógica, no puede dirigirse una norma como ésta.

a la imaginación el pensar qué habría podido suceder (y qué sucedería en el futuro) si el dinero hubiera tenido la finalidad que refiero⁶¹.

Ya he mencionado con anterioridad la jurisprudencia contradictoria entre los Tribunales Superiores de Justicia de Extremadura y Castilla-La Mancha sobre cuestiones capitales para la conservación de las masas de agua subterránea. Deben citarse aquí, también, las vacilaciones del TS calificando inicialmente de medidas indemnizables las adoptadas con base en el artículo 56 de la Ley de Aguas de 1985 para recortar los consumos en los acuíferos⁶², si bien el escándalo jurídico que suponía tal equivocada doctrina⁶³ fue remediado posteriormente con una doctrina jurisprudencial que parece completamente sólida —y plausible— y que considera las restricciones de derechos de propietarios y concesionarios en los acuíferos sobreexplotados como mera delimitación de la propiedad y, por tanto, no indemnizable⁶⁴. Debe hacerse constar, no obstante, que todavía existen trabajos doctrinales que consideran “discutible” que la exclusión de indemnización sea compatible con el artículo 33 de la Constitución⁶⁵.

Lo que puede, finalmente, suceder si continúa el camino que estoy narrando, aparece descarnadamente expuesto en la STS de 3 de marzo de 1994, Ar. 2416. La misma reacciona, y con muy buen sentido, contra la previa Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 8 de mayo de 1990 que estimó un recurso contencioso-administrativo interpuesto por unos particulares contra resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Guadiana sobre deslinde del cauce del Río Guadiana en la zona de los Ojos del Guadiana (el tradicional afloramiento del río). La razón por la que se estimó inicialmente el recurso contra el deslinde del cauce es que “no existe cauce por no haber río”, por lo que no había nada que deslindar lo que suponía, a la vez, afirmar la existencia de propiedad privada en ese lugar. La Sentencia del TS de 3 de marzo de 1994, como digo, anula la

(61) En la bibliografía jurídica hay noticias sobre este Programa de compensación de rentas en el trabajo de DELGADO PIQUERAS y ORTEGA ALVAREZ cit. con anterioridad. Indican estos autores que sólo en el Campo de Montiel (una parte muy reducida de la superficie del Alto Guadiana) se habían gastado en 10 años (su trabajo es de 2004) cuatro mil millones de pesetas. Naturalmente que una política de adquisición definitiva de derechos de agua como la que indico en el texto, hubiera necesitado de la adecuada base jurídica.

(62) Cfr. las SSTs de 30 de enero y 14 de mayo de 1996, Ar. 395 y 4368, respectivamente. Había un voto particular del Magistrado PECES MORATE que, posteriormente, se ha convertido en la doctrina jurisprudencial consolidada tal y como se referencia luego. Esas sentencias, como las que luego se citarán y que rectifican sus conclusiones, se refieren a la situación del Campo de Montiel.

(63) Vid. como crítica a dichas sentencias el magnífico trabajo de I. BARRIOBERO MARTÍNEZ, “La sobreexplotación grave de los acuíferos (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 14 de mayo de 1996)”, RAP, núm. 144, 1997, págs. 219 y ss.

(64) Existen numerosas Sentencias del TS sobre este particular, a partir de la de 18 de marzo de 1999 (Ar. 3153) y hasta la de 19 de octubre de 2005 (Ar. 7130) que es la última que conozco. Las hemos ido comentando en esta revista *Justicia Administrativa* desde el núm. 6, de 2000, pág. 207. La consulta a los Índices de esta revista en las voces “Aguas subterráneas” o “Sequía y sobreexplotación de acuíferos”, permite hacerse una idea de lo consolidado, afortunadamente, de esta línea jurisprudencial.

(65) Ésta es la postura de DELGADO PIQUERAS y ORTEGA ÁLVAREZ, que me parece infundada jurídicamente y en la que, por otra parte, tampoco ponen sus autores excesivo interés en defenderla. Sería imposible e impensable realizar cualquier medida de carácter general de protección ambiental en los acuíferos o, incluso, en las aguas superficiales, si el resultado debiera ser, inevitablemente, el de la indemnización a todos los afectados. Cosa distinta es que se adopten medidas singulares, que supongan la permanencia de los derechos de unos titulares en perjuicio de otros. Es el caso de lo regulado hoy en el artículo 55.2 TRLA debiendo indemnizar los titulares favorecidos a los perjudicados siendo la postura del Organismo de cuenca en estos casos meramente arbitral, pues es él quien fija la cuantía de la indemnización (a despecho de los correspondientes recursos que puedan darse, obviamente).

previa del Tribunal extremeño pero lo hace con unos argumentos que pueden retorcerse en cualquier momento como vamos inmediatamente a comprobar. Así se afirma en ella que, efectivamente, en el momento de iniciarse el deslinde no había agua pero que eso era “un fenómeno relativamente reciente” tal y como –dice el TS– indica el informe de un aparejador municipal que afirma que en el año 1984 “corría agua, aunque poca, bajo el Puente del Camino de Griñón”. Igualmente se remite el TS a las medidas adoptadas por los Poderes públicos citando expresamente la Ley 13/1987 que antes he mencionado y que engendra el trasvase Tajo-Guadiana, de tan escaso resultado. Pero, al margen de los nulos efectos de este trasvase, cuestión que no valora el Tribunal, para lo que sí sirve esta mención legal es para que el TS diga que **“no puede afirmarse que la actual ausencia de agua constituya una catástrofe históricamente irreversible”**. En todo caso y en relación a la aplicación del artículo 370 CC, la Sentencia afirma que “es rigurosamente inaplicable en este caso. El precepto se refiere a un supuesto (literalmente, cauces abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas) que nada tiene que ver con el que examinamos: dicho artículo es complementario del 372 y ambos aluden a casos en que la corriente de un río, sin desaparecer, varía de cauce, previéndose entonces la conversión del antiguo cauce en terreno de propiedad privada y la correlativa transformación del nuevo en dominio público. Pero no nos encontramos en ese caso, porque no es que el curso de las aguas haya variado, sino que desde época reciente (los fenómenos hidrológicos son de ciclos amplios) y de forma que quizá no es irreversible, no existe agua. D) En todo caso, y tal como dice el defensor de la Administración, la aplicación del artículo 370 del Código Civil exigiría una declaración judicial de la Jurisdicción civil que decidiera si se han dado o no los supuestos de hecho necesarios para su aplicación” (FD 3º, los resaltes tipográficos son míos)⁶⁶.

Las palabras del TS transmiten bien a las claras una decidida defensa de la condición de dominio público de los terrenos controvertidos pero con argumentos que son esencialmente mudables. ¿Se repetirían de esta misma forma dentro de unos años? ¿Volvería, por ejemplo, a decirse lo mismo una vez que hubiera transcurrido el año 2015, fecha fijada por la Directiva 2000/60/CE para la consecución del buen estado de todas las aguas y el río Guadiana siguiera en aquel lugar brillando por su ausencia? ¿Cómo respondería, entonces, la jurisdicción civil, a la que apela específicamente la Sala de lo contencioso-administrativo en este caso?⁶⁷.

(66) En otro fundamento jurídico de la Sentencia (el noveno) se trata de la relación entre el deslinde y las inscripciones en el Registro de la Propiedad. El TS afirma que a partir de una inscripción que indica que el límite de la propiedad privada es “el río Guadiana” no pueden oponerse obstáculos al deslinde que trata, precisamente, de saber cuál es el cauce de dicho río. Sobre esta interesante cuestión y además del trabajo de Beatriz SETUÁIN MENDÍA incluido en este volumen, *vid.* el reciente de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración”, REDA, núm. 129, 2006, págs. 117-144.

(67) Creo que sólo la existencia de normas vigentes y efectivas –¿el Plan Especial del Alto Guadiana al que apela la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 10/2001, de 5 de julio?–, que permitieran la adopción de decisiones –aun prolongadas en el tiempo– para la recuperación de la masa de agua subterránea y, por tanto y a largo plazo, del río y de los humedales, sería valladar efectivo frente a presuntos intentos de apropiación del “viejo” cauce.

B) La modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento y la transformación de la titularidad privada en concesional

A continuación me fijo en una cuestión-testigo, de un ordenamiento no específicamente preciso y que tiene, por esa falta de precisión, dificultades evidentes en su aplicación.

Como ya he indicado con anterioridad, es cuestión debatida en la doctrina y en la jurisprudencia el significado de la expresión “modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento” que determina, si el titular privado incurre en el supuesto de hecho descrito, la transformación de su titularidad en una concesión “que ampare la totalidad de la explotación” (Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera.3 de la Ley de Aguas de 1985). Puede entenderse perfectamente la polémica porque la expresión legal es bastante indeterminada y en lo único que se puede concluir, con seguridad, es que sólo la lectura y la consiguiente interpretación literal, permite un resultado coherente. Aunque éste no guste. Es decir, que cualquier tipo de modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento (de emplazamiento del pozo, de profundidad, de anchura del mismo, de destino de las aguas, etc., en el caso de la Disposición Transitoria Tercera) determina inexorablemente el paso al régimen concesional.

La conclusión puede ser dura, pero es la de la Ley. Quizá una Ley incomprensible desde presupuestos meramente técnicos, pues cualquier pozo se degrada durante el tiempo de su explotación y es necesario realizar determinadas labores para mantenerlo en funcionamiento y conseguir con él el tipo de prestaciones iniciales que, se supone, coinciden con las del título jurídico que permitió su construcción y puesta en funcionamiento, pero son las conclusiones a las que es factible llegar desde las premisas jurídicas que están a nuestra disposición.

Desde luego y en el caso del cambio de destino de las aguas (de regadío a campo de golf) una relativamente reciente Sentencia del TS de 14 de abril de 2004, Ar. 4955, así lo ha entendido⁶⁸. En esta Sentencia el TS resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de octubre de 2000 que había, a su vez, desestimado el recurso interpuesto por una sociedad mercantil contra una resolución de la Junta de Aguas de Cataluña denegatoria de la solicitud de cambio de uso de unos aprovechamientos de aguas subterráneas.

La entidad recurrente pretendía que se autorizara un cambio de destino de aguas destinadas al regadío a utilización para el riego de un campo de golf. Ello había sido denegado por la Junta de Aguas y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia citada y con doctrina que hace suya el Tribunal Supremo (vid. el FJ 2º), con unos términos pedagógicos que son muy resaltables, indica lo siguiente:

(68) La Sentencia que se estudia en el texto es congruente con una actitud de la Administración, y de la jurisprudencia, que incluso en las primeras inscripciones en Registro o en Catálogo sólo acepta las que se refieren a las mismas utilidades anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Aguas. La última sentencia sobre el particular es la de 21 de septiembre de 2005, Ar. 6906.

“Una de las características más importantes del nuevo régimen instaurado por la Ley de Aguas fue la calificación de dominio público de las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables –integradas todas ellas en el ciclo hidrológico–. En efecto estas aguas, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico (artículo 1.2).

Pese al nuevo régimen jurídico las Disposiciones Transitorias –en concreto la Tercera– respetó temporalmente los derechos adquiridos. En ellas se permitió a quienes conforme a la legislación derogada por la nueva Ley, fueran titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación, que pudieran acreditar en el plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de la Ley (y en los términos que la misma prevé) para su inscripción en el Registro de Aguas, como aprovechamiento temporal de aguas privadas, tanto su derecho a la utilización del recurso como la no afección, en su caso, a otros aprovechamientos legales preexistentes, derechos que deberán ser respetados durante un plazo de cincuenta años.

Ahora bien, el apartado cuarto de la misma Disposición establece que a estos aprovechamientos les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del dominio público hidráulico.

En consecuencia, el cambio de uso resulta afectado por el apartado tercero de la Disposición Transitoria Tercera, y queda sujeta por lo tanto a nueva concesión. Asimismo y por aplicación del apartado cuarto, está también sujeta a las limitaciones previstas en el artículo 58.3 en cuanto prevé un orden de preferencia para los usos del agua, acorde con el interés público.

No ha habido actuación arbitraria de la Administración que se ha limitado a aplicar la Ley, como tampoco se ha infringido el principio de actos propios pues es obvio que los aprovechamientos para los que el uso estaba amparado en virtud de las resoluciones de 14 de octubre de 1992, tenían una finalidad de ‘uso para el riego agrícola’, distinto al uso que les pretende dar la demandante de riego del campo de golf, y ello con independencia de que pudiera haber habido una

**SE DEBATE SI
LA EXPRESIÓN
“MODIFICACIÓN DE LAS
CONDICIONES O RÉGIMEN
DE APROVECHAMIENTO”
DETERMINA,
SI EL TITULAR INCURRE
EN EL SUPUESTO
DE HECHO DESCRITO,
LA TRANSFORMACIÓN
DE SU TITULARIDAD
EN UNA CONCESIÓN**

cierta tolerancia en dicho nuevo uso –afirmación de parte que en modo alguno es aceptada y cuya acreditación no consta–, puesto que la mera tolerancia no atribuye ningún derecho al usuario en contra de la Ley.”

La respuesta del TS es bien rotunda en su sumisión al tenor literal de la Ley. En todo caso, parece evidente que la normativa debía ser más clara y evitar que pudieran tener lugar planteamientos como los que indico. Incluso podría, desde posturas de pura oportunidad, reflexionarse acerca de la inflexibilidad de una norma que afecta a cualquier tipo de aguas subterráneas con independencia de la situación de la respectiva masa de la que proceden. Ello me induce a tratar en el siguiente punto cuáles podrían ser las modificaciones de una normativa esencialmente invariada durante estos últimos veinte años y que no ha mostrado, precisamente, el mejor de los éxitos.

C) Algunas reformas normativas que podrían cooperar a la mejora del estado de las aguas subterráneas

No se trata en este lugar de llevar a cabo un completo esbozo de lo que podría ser un nuevo tratamiento jurídico de las aguas subterráneas sino de apuntar, solamente y en congruencia con el desarrollo anterior, algunas líneas de posible modificación normativa⁶⁹.

a) Y la primera cuestión que inevitablemente tiene que plantearse es si convendría demanializar, ahora ya por completo y sin tener en cuenta los hipotéticos derechos adquiridos, el conjunto de las aguas continentales. No lo hizo la Ley de Aguas de 1985 (en cuanto que permitió el ejercicio de opciones que suponían una continuación en la situación jurídica de titularidad privada de las aguas subterráneas y de manantial) y ha habido posiciones doctrinales (y políticas) que han llenado de reproches a la Ley por ello aunque, igualmente, las ha habido también en sentido contrario. Fue más taxativa en su actuación la Ley de Costas de 1988 en relación a los enclaves en la zona marítimo-terrestre o en las playas aun reconocidos por sentencia firme (cfr. Disposición Transitoria Primera), con el añadido de que la STC 149/1991, sin perjuicio de afirmar el carácter expropiatorio de las medidas legales adoptadas (que consideró que tenían su base en el mismo artículo 132.1 CE), concluyó en que era justo precio de la expropiación el otorgamiento de una concesión durante un plazo y la exención del canon por ocupación del dominio público. Quizás –imaginemos– el conocimiento “anticipado” de este resultado ante el TC hubiera animado a los redactores y aprobadores de la Ley de Aguas de 1985 a otra senda menos temerosa de la que siguieron pesando mucho en su decisión (sigamos suponiendo) la hipotética respuesta jurídica contraria (del TC) a una decisión más audaz y los consiguientes efectos económicos (indemnizatorios) que ello llevaría consigo. ¿Quién lo sabe? La pregunta –y su respuesta– puede ser especulativamente interesante, hasta intelectualmente estimulante, pero tremendamente inútil en cuanto a su operatividad actual a no ser

(69) Lo que sigue en este punto tiene buena influencia del trabajo que he realizado auxiliando al Grupo de Aguas Subterráneas (constituido a iniciativa del prof. Fernando LÓPEZ-VERA, como antes indiqué) a los efectos de la redacción conforme a los debates habidos en el seno de este Grupo de un borrador de Ley para modificar el TRLA desde la perspectiva de la ordenación jurídica de las aguas subterráneas para propiciar su mejor gestión.

que se quisiera intentar, ahora, una operación normativa semejante —en grandes rasgos— a la de la Ley de Costas de 1988. Porque la cuestión, efectivamente, es qué hacer ahora.

Probablemente mi respuesta a esta pregunta se adivina ya si se ha leído detenidamente el apartado primero de este trabajo: el carácter de recurso natural, ante todo, del agua y el impacto de medidas ambientales (comunitarias e internas) que deben afectar por igual a las aguas de titularidad pública o privada, pone en un plano mucho más relajado y relativista, lo que se planteó hace veinte años de una manera mucho más airada y confrontada. Y ello tiene una especial significación en aquellos acuíferos declarados sobreexplotados (masas de agua en riesgo de no cumplir los objetivos de buen estado en la terminología que ahora debe utilizarse), donde la diferencia entre aguas públicas y privadas es puramente teórica en sus rasgos esenciales⁷⁰. Incluso ahora y tras el reconocimiento de la posibilidad de celebrar contratos de cesión de derechos de uso de aguas sólo para las aguas públicas y para los aprovechamientos temporales de aguas privadas⁷¹, la situación de las titularidades privadas es desfavorable comparativamente pues un hipotético contrato privado de compra-venta de aguas sería una “modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento” con el necesario pase al régimen concesional en el que, ya sí, podrían celebrarse los contratos indicados bajo la modalidad regulada en el TRLA. La mezcla de los planteamientos dominiales y ambientales⁷² trae consigo hoy resultados enteramente insospechados en 1985.

Dentro de una relativa indiferencia de régimen, por tanto, entre mantenerse en el régimen privado o en el público, puede haber incluso, entonces, hasta deseos de paso del régimen privado al público motivados por la búsqueda de una posibilidad de rendimiento económico como la que acabo de indicar y, por supuesto, para conseguir la protección administrativa, cuestión siempre altamente valorable en situaciones de crisis hídrica y de florecimiento de actitudes ilegales en determinados sujetos que pueden perjudicar a quienes sí se someten a la Ley. Lo que sucede es que hoy no existe posibilidad legal de llevar a cabo ese paso del “Rubicón” en cuanto que falta la regulación del procedimiento administrativo para ello y, además, en los acuíferos sobreexplotados se tropieza con el obstáculo de que, tras la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, no pueden otorgarse concesiones en los mismos (cfr. Disposición Adicional Séptima del TRLA). Es claro que aquí existe un punto débil de la Ley que debe remediarse construyendo el correspondiente régimen jurídico

(70) Y la situación de sobreexplotación ha llegado a tales extremos en algunos acuíferos, que no es pensable sino a muy largo plazo, que pudiera haber variaciones sustanciales en su situación como consecuencia de medidas de contención del consumo adoptadas por las Administraciones. Esa equiparación de hecho entre aguas públicas y privadas en determinados lugares, tiene todas las opciones a su favor de perpetuarse en el tiempo.

(71) El planteamiento legal (cfr. artículos 67 y ss. TRLA) no es excesivamente preciso, pero la reforma del RDPH operada en 2003, lo ha dejado tremendamente claro. Cfr. el artículo 343.2 RDPH.

(72) Esa interrelación entre dominio y medio ambiente está ya presente en la STC 227/1988 cuando se indica que “(...) a la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias como, por ejemplo, la que garantiza el artículo 45 de la Constitución, o bien la defensa y utilización racional de la “riqueza del país” en cuanto subordinada al interés general”. La doctrina se ha hecho eco, como no podía ser de otra forma, de tal vinculación. Vid. por todos a M. DARNACULLETA I GARDELLA, *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural*, Cedesc, Barcelona, 1999, pág. 42.

que posibilite, permanentemente, el otorgamiento de tal concesión con el correspondiente control previo del Organismo de cuenca⁷³.

b) La variación de las condiciones del aprovechamiento y el paso al régimen concesional precisaría también de la adecuada precisión legal. En tal sentido creo que no habría inconveniente en permitir –con el adecuado amparo normativo y control de la Administración hidráulica– determinadas modificaciones allí donde las masas de agua subterránea no estuvieran en riesgo ni, además, pudieran ponerse en riesgo por dichas modificaciones, mientras que en las masas de agua subterránea en riesgo y con la necesaria precisión legal también, debería haber una prohibición estricta de tales modificaciones con el consiguiente pase a la situación concesional de aquél que las infringiere.

c) La libre apertura de pozos a que se refiere el artículo 54.2 TRLA debe modularse y, entre otras cosas, distinguirse la finalidad de la utilización. Creo, así, que si la apertura del pozo tiene como finalidad la de un uso doméstico, de puro abastecimiento de agua, debería continuar el principio de libre apertura⁷⁴ bien que reduciendo las cantidades, pues 7.000 metros cúbicos anuales parece excesivo para un uso de esa clase. Cualquier otro destino de las aguas debería llevar como consecuencia la necesaria obtención de la autorización administrativa para la apertura del pozo con independencia de la cantidad que se pretendiera usar.

d) Debe producirse una regulación específica de las Comunidades de usuarios de agua subterránea⁷⁵ con una densidad normativa muy superior a la que hoy refleja el TRLA. Y ello tanto por razones ligadas a la misma peculiaridad de estas Comunidades (tiene que distinguirse la situación de unas Comunidades de aguas subterráneas en las que la titularidad de los derechos pertenecerá, ordinariamente, a sus miembros en relación a la situación de las Comunidades de aguas superficiales en las que son ellas, regularmente, las titulares de la concesión) como por la necesidad de ensayar nuevos caminos frente al fracaso de los actuales, enteramente burocráticos. En tal sentido, las Comunidades de usuarios (formadas tanto por titulares de aguas privadas como por concesionarios en los acuíferos) deberían responsabilizarse del control de los consumos de sus miembros, de la misma forma que sucede en las Comunidades de aguas superficiales. Obviamente para ello hace falta una actitud de franca cooperación con los Organismos de cuenca –y la ayuda técnica y económica de éstos– que debería estructurarse en el marco de los correspondientes convenios.

(73) No se trata, pues, de una simple operación de trasplante de los derechos incluidos en el Catálogo de Aguas Privadas de la cuenca al Registro de Aguas Públicas. Son instrumentos distintos y diferente también la posición que debe adoptar la Administración hidráulica.

(74) En cuanto podría relacionarse ese abastecimiento “urbano” con el derecho al agua de las personas. Cfr. A. EMBID IRUJO (dir.), *El derecho al agua*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

(75) Vid. el muy notable estudio de Silvia DEL SAZ CORDERO titulado “Las comunidades de usuarios de aguas subterráneas” que constituye una ponencia presentada al X Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, celebrado en Sevilla, del 8 al 13 de abril de 2002. Igualmente J.A. BOLEA FORADADA, *Las Comunidades de regantes*, Comunidad General de Usuarios del Canal Imperial de Aragón, Zaragoza, 1998.

e) En general las reformas normativas deberían distinguirse por su flexibilidad y adecuación a las distintas situaciones que puedan darse. Por contener pluralidad de técnicas posibles de gestión para que las Administraciones competentes pudieran escoger en cada momento las que fueran más adecuadas. Que coexistan, por poner un ejemplo fácilmente entendible, las revisiones concesionales y el contrato de cesión de derechos de uso de agua⁷⁶ no debe entenderse como una contradicción sino como una sana medida de gobierno adecuada a las distintas situaciones posibles⁷⁷.

f) Naturalmente que de nada servirán las modificaciones legales si no van acompañadas de una actitud más comprometida de las Administraciones públicas (no solamente las puramente hidráulicas, sino que también tienen mucho que ver otras, como las competentes en materia agraria) y, por supuesto, de una actitud generosa del Legislador con las Administraciones hidráulicas para dotarlas de suficientes medios personales y materiales con los que cumplir su función. El problema fundamental de las aguas subterráneas no es de régimen jurídico, sino de gestión, y es en ese ámbito dónde hacen falta las grandes novedades. Una modificación del régimen jurídico puede cooperar, y mucho, a la mejora de las aguas subterráneas pero siempre con la condición de una Administración decidida a utilizar las posibilidades que le otorgue el derecho.

g) Como última consideración no me resisto a exponer brevemente mi opinión de que esta hipotética reforma del TRLA en lo relativo a las aguas subterráneas, debería ser sólo el antecedente de la elaboración de una nueva Ley de Aguas cuya necesidad se advierte de forma acuciante cada vez más. El texto legal que tenemos responde, sustancialmente, al modelo de 1985 pero ha tenido tantas reformas —y algunas de ellas poco meditadas— que adolece de coherencia interna y, en general, no es adecuado para una gestión de las aguas que las considere, realmente, como un recurso natural⁷⁸ y lo haga, además, desde las premisas propias de un Estado de las Autonomías⁷⁹, que son las exigencias que hoy parecen más apremiantes. Creo que los años que faltan hasta 2010 —por poner como objetivo temporal el año en el que los programas de medidas y los Planes Hidrológicos de cuenca deberían estar en marcha— serían el momento adecuado para proceder decididamente a la redacción de una, realmente, nueva Ley de Aguas que propicie, finalmente, su aprobación en torno a esa fecha.

(76) En una consideración estricta podría postularse que si algún titular no precisaba el uso del agua —y una manifestación de esa falta de necesidad es la suscripción de un contrato de cesión de derechos de uso de agua— la solución estaría en la revisión de la concesión. En mi opinión ésa es una forma pacata —y tradicional— de ver las cosas, pues durante el tiempo que sólo existió la revisión concesional, ésta nunca se aplicó para situaciones como la que indico en las que podía advertirse una dotación excesiva de agua.

(77) Ese mismo principio debe aplicarse al tema de las utilizaciones ilegales de las aguas subterráneas que no puede ser tratado de la misma forma en masas de agua en riesgo de no poder cumplir los objetivos ambientales que donde no exista tal. En concreto, la regularización de tales ilegalidades parece muy difícil —por no decir imposible— en el primer caso, mientras que no debería serlo en el segundo.

(78) Es claro que concedo mucha importancia a la Directiva 2000/60/CE que debía haber sido objeto de una transposición mucho más cuidada a nuestro Derecho que la que tuvo. En tal sentido, una nueva Ley daría ocasión a insertar plenamente los mecanismos de acción ambiental que contiene esta Directiva pero leídos desde la tradición y características específicas del derecho de aguas español.

(79) Lo que no supone, obviamente, escapar del principio de gestión de las aguas por cuencas hidrográficas (demarcaciones). Ni mucho menos.

El espectro radioeléctrico. Delimitación conceptual y calificación jurídica en el Derecho español

CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA

Profesora Titular de la Universidad de Sevilla

Resumen

EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y CALIFICACIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Por radiocomunicación se entiende toda tele- comunicación mediante ondas radioeléctricas, esto es, ondas que se propagan por el espacio libre sin guía artificial. El hombre tiene el conocimiento preciso que le permite contar con la tecnología para crear ondas de esta clase y desplazarlas para transportar señales, aprovechando las propiedades electromagnéticas presentes en el espacio libre. Desde la percepción de que el espacio libre consiente esta utilidad, se irá decantando la presencia y existencia de

un recurso dado por la naturaleza, y que el Derecho sustantivizará como espectro radioeléctrico o espectro de frecuencias radioeléctricas: el conjunto de todas las ondas radioeléctricas disponibles para las comunicaciones. Nuestro Derecho declara el espectro radioeléctrico dominio público del Estado, apoyándose en un título clásico de intervención para reservar en mano pública la gestión, ordenación y control de la energía electromagnética a fines de comunicación.

Abstract

THE RADIOELECTRIC SPECTRE. CONCEPTUAL DELIMITATION AND JURIDICAL CALIFICATION IN THE SPANISH LAW.

It is understood as radiocommunication every telecommunication that takes place by means of radioelectric waves, this is, waves that are propagated by the free space without an artificial guide. The man has the precise knowledge that allows him to count on the technology to

create waves of this type and to displace them to transport signs, taking advantage of the electromagnetic properties present in the free space. From the perception that the free space consents on this utility, it will go decanting the presence and existence of a resource given by

the nature, and to what the Law will name radioelectric spectre or spectre of radioelectric waves: the group of all the radioelectric waves available for the communications. Our Law declares the radioelectric spectre public

domain of the State, basing on a classic title of intervention to reserve in public hand the management, arrangement and control of the electromagnetic energy for communication purpose.

Sumario:

I. El espectro radioeléctrico. A) Bases técnicas de la radiocomunicación. Conceptos jurídicos asociados. B) El espectro radioeléctrico. Su condición de recurso limitado. **II. Calificación jurídica del espectro radioeléctrico en el derecho español.** A) Emergencia y consolidación en nuestro Derecho del dominio público radioeléctrico. B) Sentido y funcionalidad de la demanialidad radioeléctrica.

I. EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

A) Bases técnicas de la radiocomunicación. Conceptos jurídicos asociados

a) Aproximación al mecanismo de funcionamiento de las telecomunicaciones. Las ondas electromagnéticas como medio de transporte de la información

Partiendo de la definición contenida en la vigente Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), reproducida en Derecho interno por la Ley General de Telecomunicaciones (LGT), por **telecomunicación** debe entenderse toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos¹. De esta definición cabe deducir, de forma simple, que la telecomunicación hace referencia a la comunicación a distancia mediante el empleo de artilugios técnicos, en virtud del cual y conforme a un proceso igualmente técnico, se logra que cierta información se transmita entre puntos distantes. En consecuencia, se entiende por sistema de transmisión al conjunto de recursos técnicos, equipos, instalaciones y medios necesarios que permiten recoger la información en un punto determinado y transportarla hasta otro punto distinto físicamente separado.

Resulta bastante complejo para el jurista llegar a entender el proceso técnico en que se basan las telecomunicaciones. Es necesario, sin embargo, y a los fines de intentar captar mínimamente la realidad técnica sobre la que el Derecho se asienta, describir los fundamentos

(1) La vigente Constitución y el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones fueron adoptados el 22 de diciembre de 1992 en Ginebra, y ratificados por España por Instrumento de 28 de marzo de 1996. En el anexo que acompaña a la Constitución de la UIT se encuentra la definición de telecomunicación (núm. 1012). Idéntica definición se recoge, si bien en plural, en el Anexo II, Definiciones, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

técnicos irreductibles en que se basa un sistema electromagnético de telecomunicación. Y así, si partimos de que cualquier sistema de telecomunicación tiene por finalidad básica enviar una información desde un transmisor a un receptor (y a menudo también en sentido inverso) el proceso puede describirse a grandes rasgos del siguiente modo:

1) La información que se desea transmitir (ya esté representada por signos, sonidos, imágenes o símbolos, o una combinación de ellos) se inserta en una cierta corriente eléctrica, de acuerdo con una determinada codificación². Se obtiene así la señal, es decir, un fenómeno físico en el que una o más de sus características varía para representar información³. En estos momentos la señal es eléctrica.

2) La señal se transmite del aparato emisor al receptor. Pero para ello es preciso que la señal eléctrica se transforme en una *onda electromagnética*, que será la encargada de transportarla desde su origen al punto o puntos de destino⁴. En cualquier caso, dicha onda contiene la misma información que la señal eléctrica previa; en otras palabras, la señal eléctrica y la señal electromagnética constituyen dos realizaciones físicas distintas de la misma información.

3) El receptor transforma de nuevo la onda electromagnética captada en una señal eléctrica y, finalmente, conocida la codificación usada por el transmisor, es capaz de extraer la información contenida en la señal.

En el proceso técnico descrito, en que se asientan los sistemas electromagnéticos de telecomunicaciones, se aprecia el papel que cumple la onda electromagnética. En efecto, para transmitir la información es preciso convertir la señal eléctrica en una señal electromagnética, es decir, en una onda de esta naturaleza que será la encargada de transportar la información al receptor, para que éste la recupere a través del proceso inverso. Para entender algo más este proceso de transmisión es ineludible

RESULTA COMPLEJO PARA EL JURISTA ENTENDER EL PROCESO TÉCNICO EN QUE SE BASAN LAS TELECOMUNICACIONES, SIENDO NECESARIO DESCRIBIR LOS FUNDAMENTOS TÉCNICOS IRREDUCTIBLES EN QUE SE BASA UN SISTEMA ELECTROMAGNÉTICO DE TELECOMUNICACIÓN

(2) La UIT define información como “inteligencia o conocimiento capaz de ser representado en formas adecuadas para la comunicación, almacenamiento o procesamiento”, Recomendación UIT-R V.662-2. Unión Internacional de Telecomunicaciones.

(3) Vid. Recomendación UIT-R V.662-2. Términos y Definiciones. Unión Internacional de Telecomunicaciones. Debe tenerse en cuenta que el concepto de información que se maneja en los Textos Internacionales es general y abstracto, pero en el mundo físico la información se manifiesta mediante señales.

(4) Atendiendo al fenómeno físico del mecanismo de transporte, que no a la onda en sí, las telecomunicaciones pueden dividirse en sistemas electromagnéticos, cuando el transporte se realiza por electromagnetismo, o en sistemas ópticos, cuando el mecanismo de transmisión es óptico y no eléctrico. Sobre los fundamentos físicos de los mecanismos de propagación vid. “Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de telecomunicaciones”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Directores: A. ARPÓN DE MENDIVIL y A. CARRASCO PERERA, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 45 y ss.

hacer referencia a qué es una **onda electromagnética**, al ser el instrumento que realiza el transporte de la información contenida en la señal.

Una onda es un fenómeno físico mediante el cual se puede enviar energía de un punto a otro, y consiste en una perturbación que se propaga, es decir, que recorre una distancia. En el caso de una onda electromagnética, tal perturbación es la presencia de un campo electromagnético, esto es, un fenómeno físico que provoca fuerzas de tipo eléctrico y magnético. Si dicho campo se propaga, y desplaza la energía hacia un punto distante, se trata de una onda electromagnética. De esta forma, **las ondas electromagnéticas no son otra cosa que energía de esta naturaleza, caracterizada por determinadas cualidades que aluden físicamente a la perturbación en que se manifiesta**. El caso más simple es el de lo que se denomina una *onda armónica*, la cual se corresponde matemáticamente con una serie de oscilaciones con forma senoidal. Una onda armónica puede identificarse completamente por ciertos parámetros fundamentales, a saber:

- **Frecuencia (f)**: es el número de oscilaciones que se producen en un segundo o, como suele denominarse, el número de *ciclos* o vibraciones por segundo. Su unidad de medida es el Hertzio, que equivale a una oscilación por segundo.
- **Potencia (P)**: es la cantidad de energía que transporta la onda en un segundo. Se mide en vatios.
- **Velocidad de propagación (v)**: dicha velocidad depende del medio en el que se propague la onda. En todo caso, coincide con la velocidad de la luz que, en el vacío, es aproximadamente 300.000 kilómetros por segundo⁵. En cualquier otro medio dicha velocidad disminuye, aunque se puede considerar que en la atmósfera es la misma, ya que la variación es muy pequeña.

Aunque los anteriores no son los únicos parámetros que pueden utilizarse para describir una onda, todos los demás pueden calcularse a partir de los anteriores mediante el empleo de sencillas fórmulas matemáticas. Así pues, tan sólo con conocer la frecuencia, la potencia y la velocidad de propagación de una onda armónica es posible representar la misma de manera completa. Sin embargo, no debemos perder de vista que estas ondas electromagnéticas han de ser manipuladas por el hombre a su conveniencia, para que así puedan ser utilizadas como medio de telecomunicación. Es un hecho relevante, entonces, que la velocidad de propagación de una onda no es un parámetro sobre el que tengamos control directo, ya que depende únicamente del medio en el que ésta se propague. Así pues, una vez determinado que la telecomunicación haya de realizarse mediante algún tipo de guía artificial (cable de pares, cable coaxial, etc.) o a través del espacio libre, la velocidad de propagación de la onda queda automáticamente fijada. En definitiva, los parámetros de los que el hombre dispone para manipular la creación y emisión de ondas electromagnéticas se reducen, fundamentalmente, a la frecuencia y a la potencia de la misma. Por ello son estas magnitudes, y no otras, las que son objeto de regulación, como comprobaremos más adelante.

(5) De hecho, la luz no es más que un caso particular de onda electromagnética, con una frecuencia que puede ir desde $4,3 \times 10^{14}$ Hz hasta $7,5 \times 10^{14}$ Hz, aproximadamente.

Ahora bien, lo que hemos dicho es cierto en el caso de una onda armónica, que, a la luz de las definiciones aportadas, podemos describirla como una onda que oscila a una determinada frecuencia y sólo a una. Sin embargo, la técnica permite formar ondas más complejas, sumando varias ondas armónicas de distinta frecuencia. En este caso se denomina *onda compuesta*⁶. Esta habilidad técnica es importante, por cuanto las ondas armónicas apenas pueden transmitir información, por lo que normalmente hay que recurrir a *ondas compuestas* para poder establecer una comunicación. Y así, cada componente armónico de la onda compuesta representará parte de la señal, permitiendo la transmisión de la misma y con ello de la comunicación. En este sentido, y en términos generales, a mayor cantidad de información que se quiera transmitir, mayor cantidad de ondas electromagnéticas simples con distintas frecuencias habrá de combinarse. La capacidad de representar información de una onda radioeléctrica compuesta depende pues de la cantidad de ondas armónicas que la integra, de ahí que cada tipo de comunicación precisa al menos de un determinado conjunto de ondas armónicas⁷. Por ello, la información asociada a una onda electromagnética compuesta convierte a ésta en un paquete de energía formado por un conjunto de ondas armónicas de distinta frecuencia, cada una de las cuales transporta una parte de la señal, y con ello de la información que se desea transmitir. En la medida que cada componente armónico de una onda compuesta tiene una frecuencia, en el lenguaje técnico se alude al **espectro de una onda** como a la zona o el rango continuo de frecuencias de esa onda⁸, mientras que se denomina **ancho de banda de la onda** a la extensión en frecuencias de la misma. Es decir, el espectro de una onda compuesta define claramente cuáles son los límites en frecuencia de las ondas armónicas que la constituyen, conociendo así cuáles son las frecuencias mínima y máxima, y por ende todas las intermedias, presentes en la onda compuesta; por el contrario, el ancho de banda indica meramente la cantidad total de frecuencias existentes en las ondas armónicas o, por indicarlo de otro modo, la diferencia entre las frecuencias máxima y mínima de la onda compuesta.

El concepto de espectro de una onda es fundamental, porque las leyes de la Física determinan que ondas electromagnéticas simultáneas en el tiempo y utilizando el mismo medio portador por donde se transportan las señales se superponen entre sí dando lugar a una

(6) Si la onda electromagnética es compuesta, esto es, cuando está formada por distintas ondas armónicas su forma ya no es senoidal, sino que su representación gráfica se obtiene mediante una forma de onda que refleja las amplitudes y frecuencias de las ondas armónicas que la constituyen.

(7) Como señalamos, la definición de telecomunicación engloba todo tipo de fuentes de información: voz, audio, imágenes, o datos o sus combinaciones posibles. En principio, y por separado cada fuente requiere para su transmisión que la onda presente una determinada capacidad, es decir, que esté formada por un conjunto de ondas armónicas, por ello tal capacidad suele relacionarse con su exigencia en frecuencias. Siguiendo a L. CASTEJÓN MARTÍN, en su modalidad analógica la transmisión de voz requiere una capacidad de 3 kHz, o lo que es lo mismo un conjunto de ondas armónicas cuyas frecuencias sumen esta extensión en Hertzios; el audio requiere hasta 20 KHz; el vídeo hasta 5 MHz; en "Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de telecomunicaciones", *Comentarios...*, ob. cit., pág. 50 por nota. Evidentemente estas necesidades en frecuencias dependen de la tecnología empleada, de ahí el revulsivo que ha supuesto el paso de la tecnología analógica a la digital, pues con esta última las comunicaciones demandan menos frecuencias. Si atendemos a los documentos preparados por la UIT la tecnología digital permite una optimización del espectro, al requerirse menos ancho de banda o frecuencias necesarias para la emisión/recepción de la misma comunicación, lo que ha venido a denominarse el "dividendo digital". En el caso concreto de la televisión terrenal, parece que es posible introducir cuatro programas o canales de televisión digital en el mismo ancho de espectro de frecuencias que actualmente se necesita para transmitir un solo canal de televisión analógica (vid. Comunicado de prensa de la UIT sobre la Conferencia Regional de Radiocomunicaciones, Primera Sesión, para la Planificación del servicio de radiodifusión en la zona europea, en www.itu.int/newsroom/press-relases/2004).

(8) El espectro de una onda es un concepto que alude a una realidad más compleja que las frecuencias de las ondas armónicas que la constituyen, pues representa también sus amplitudes y con ello refleja la potencia asociada a dicha onda compuesta. ▶

onda total cuyo contenido es completamente diferente del de las ondas individuales. Al receptor llegará la onda total, y si no es posible separar las ondas individuales no podrá recuperarse la información que transportan. La solución técnica consiste en ciertos dispositivos eléctricos de los receptores llamados filtros, cuya función es precisamente quedarse con la parte de una señal de esa onda total que presente un determinado espectro. De este modo, por un mismo medio de transmisión y al mismo tiempo pueden circular o propagarse distintas ondas electromagnéticas, siempre y cuando los espectros de esas ondas sean distintas, o como suele expresarse ocupen bandas de frecuencias disjuntas, puesto que el receptor será perfectamente capaz de separarlas de nuevo, al tener espectros diferentes. *Esto significa, y es fundamental para entender el funcionamiento de las telecomunicaciones, que para poder transmitir señales por el mismo medio físico portador a través de ondas, éstas tienen que ocupar distintas frecuencias, si se desean realizar transmisiones simultáneas que pueden ser captadas, intencionadamente o no, por el mismo receptor.* En efecto, si al receptor llegan a la vez distintas ondas que compartan iguales frecuencias se produciría **una interferencia**, es decir, la superposición no deseada de tales ondas, que distorsiona o incluso puede imposibilitar separar la información transportada por cada una de ellas⁹. En este sentido, para posibilitar la transmisión al mismo tiempo y por el mismo medio en la mayoría de los casos es necesario que las ondas oscilen a frecuencias diferentes.

Afortunadamente, siempre es posible recuperar la información transmitida sin degradación apreciable incluso bajo la existencia de un cierto nivel de ruido e interferencias, siempre que éstos no sean excesivos. Para ello se requiere que la potencia extraída por el receptor de la onda radioeléctrica que transmite la señal deseada sea la adecuada para que pueda competir favorablemente con la potencia de las otras ondas —el ruido y las interferencias—. Se define así como umbral de calidad la relación mínima admisible entre la potencia de la onda útil —o señal deseada— y la potencia del ruido y de las ondas no deseadas. Este valor umbral depende de numerosos factores pero todos están estrechamente relacionados con la frecuencia de la comunicación y las características del entorno de recepción.

Por otra parte, centrándonos de nuevo en el concepto del espectro de una onda, esta realidad física ha llevado a la emergencia de otro concepto fundamental: el del **espectro de frecuencias**. Si el espectro de una onda compuesta alude al rango o complejo de frecuencias de sus armónicas, la comprensión intelectual de todas las frecuencias que pueden utilizarse para las comunicaciones por ondas se denomina espectro de frecuencias. De forma más simple, por espectro de frecuencias se alude al conjunto de frecuencias que puede utilizarse para la transmisión y recepción de información a través de ondas electromagnéticas. Ahora bien, este concepto alude a las posibilidades en frecuencias que presenta un determinado medio de propagación, siendo así que el conjunto de frecuencias utilizables es una realidad siempre referida a cada uno de los distintos medios: cable coaxial, cable de pares, o el espacio libre. A partir de este concepto, que alude al conjunto de frecuencias utilizables como un todo, pueden utilizarse otros conceptos que representan las posibles partes del todo, lo cual permite trabajar con unidades menores, en un proceso descendente que termina allí donde la comunicación ya no es posible. Esta unidad

(9) Este concepto es general, y aplicable a cualquier sistema electromagnético de telecomunicaciones, por lo que en el ámbito técnico expresiones como el espectro de frecuencias disponibles en el cable o utilización de parte del espectro del cable son expresiones que aluden a una realidad propia de la técnica o de la ingeniería. Sin embargo releva especial importancia en el ámbito de las radiocomunicaciones, como después se expone con detalle.

menor se conecta, por tanto, con aquellos conceptos que hacen relación a la posibilidad de establecer una comunicación: de un lado, con el **de canal** de comunicación, definido por la UIT como el conjunto de medios necesarios para asegurar la transmisión de señales en un sentido entre dos puntos; por lo que en su exigencia en frecuencias, se denomina ancho de banda del canal a la cantidad de frecuencias necesaria para asegurar el transporte de la información deseada; de otro, con el **de circuito**, o combinación de dos canales de transmisión que permite la transmisión bidireccional de señales entre dos puntos para sustentar una sola comunicación¹⁰.

b) La radiocomunicación: la telecomunicación por ondas radioeléctricas o hertzianas

Al describir el proceso técnico de los sistemas electromagnéticos de telecomunicaciones indicamos que el instrumento para transportar las señales a distancia son las ondas de esta clase. Es su condición física de propagarse la que permite enviar la señal de un punto a otro. Pues bien, cualquiera que sea la naturaleza de la información transportada, y de la señal que la onda desplaza, la propagación puede realizarse o bien guiada por un conductor metálico, los cables, o bien sin estas guías metálicas, propagándose por el espacio libre. El espacio libre (entendiendo por éste tanto por el aire o espacio atmosférico como el espacio extra-atmosférico o ultraterrestre) posee unos parámetros electromagnéticos que permiten la propagación de esta clase de ondas; por cuanto las ondas electromagnéticas no necesitan de materia para propagarse, son un instrumento apto para transmitir información por el vacío¹¹. Cuando el medio de propagación de las ondas electromagnéticas es el espacio libre, sin que sean guiadas o confinadas en cables, se conocen como **ondas radioeléctricas**. En este sentido, el Convenio de la UIT establece que las ondas radioeléctricas son ondas electromagnéticas que se propagan por el espacio sin guía artificial, y en similares términos las define la Ley General de Telecomunicaciones¹².

(10) Evidentemente cuando en telecomunicaciones se expresa un concepto *por relación a las frecuencias*, lo que se quiere indicar es por relación a las ondas armónicas necesarias, tomando la parte por el todo. Al respecto, hay que apuntar que el ancho de banda de un canal debe ser como mínimo igual al ancho de banda de la onda electromagnética que transporta la señal con la información que se quiere transmitir, pues si el ancho de banda del canal es inferior al de la onda se produce una alteración de la información enviada que se traduce en una degradación de la calidad o en pérdida de datos. La limitación en ancho de banda de los canales de comunicación se erige por tanto en uno de los principales retos que aborda la ingeniería de telecomunicaciones.

(11) En el campo de la física se conoce otro tipo o clase de onda que, a diferencia de las electromagnéticas, requieren para propagarse de materia: las ondas mecánicas. El sonido es un ejemplo de onda mecánica pues para propagarse requiere un elemento material, cual es las moléculas de aire que al someterse a vibraciones determinan la señal acústica. Por esta razón no es posible escuchar sonidos en el vacío. Por el contrario, las ondas electromagnéticas no necesitan de materia para propagarse, por lo que es posible que se propaguen en el vacío.

(12) Núm. 1005 del Anexo del Convenio de la UIT; igualmente en Derecho interno Anezo II, Definiciones, 12 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003.

**EL CONVENIO DE LA UIT
ESTABLECE QUE LAS
ONDAS RADIOELÉCTRICAS
SON ONDAS
ELECTROMAGNÉTICAS
QUE SE PROPAGAN POR
EL ESPACIO SIN GUÍA
ARTIFICIAL**

A este tipo de ondas se las conoce también como ondas hertzianas, pues fue H. Hertz quien comprobó experimentalmente la posibilidad de que la energía electromagnética pudiera transmitirse por el espacio libre, esto es, prescindiendo de los cables, y de forma similar a como se propagan las ondas luminosas. Desde el estudio de las ondas electromagnéticas que se dan en la naturaleza, como la luz natural, se consiguió elaborar la técnica que permite generarlas por el hombre para su empleo en la comunicación a distancia, mediante la radiación y recepción de este tipo de ondas¹³.

Desde las primeras aplicaciones, en el ámbito de la telegrafía, de las ondas radioeléctricas como medio de transporte de señales, los avances técnicos han permitido ir extendiendo su empleo a otras formas de telecomunicación y para múltiples aplicaciones, dando lugar a la emergencia de un concepto que singulariza una clase específica dentro del género de las telecomunicaciones: la radiocomunicación. Y así, las normas jurídicas definen a la **radiocomunicación** como toda telecomunicación transmitida por ondas radioeléctricas¹⁴. Por tanto, la radiocomunicación no es más que una clase o especie de telecomunicación, singularizada porque se utilizan ondas radioeléctricas para el transporte de señales con fines de telecomunicación. En atención a esta realidad, tradicionalmente las telecomunicaciones se han clasificado en dos grandes grupos: por hilo o sin hilo; o, como también son denominadas, alámbricas o inalámbricas.

Si se tiene presente qué es una onda radioeléctrica según lo indicado anteriormente, se deduce que **lo que realmente caracteriza a la radiocomunicación como clase de telecomunicación es el medio de propagación de la onda: el espacio libre**. Es el hecho de que la propagación de la onda se realice en el espacio lo que otorga sustantividad, y sobre lo que se asienta su propia definición. En efecto, se ha visto que las ondas electromagnéticas también son el instrumento empleado para el transporte de señales cuando se utiliza un cable metálico, que las guía en su desplazamiento desde el punto de origen al de recepción. Únicamente cuando no existe tal guía artificial, porque la propagación de las ondas se realiza en el espacio libre, enlazando el centro emisor con el receptor, se define la telecomunicación como radiocomunicación. Por ello, lo singular de esta clase de telecomunicación es que el enlace entre el emisor y el receptor es un enlace radioeléctrico, o dicho de otro modo, el medio por el que discurren las ondas en su desplazamiento es el espacio libre. En términos esquemáticos, la técnica de la radiocomunicación comporta las siguientes fases:

1. Combinación de la señal que representa la información que se desea transmitir con una onda radioeléctrica soporte que se denomina portadora. Este proceso se denomina modu-

(13) En 1864 Maxwell había formulado una teoría sobre el Electromagnetismo, destacando su similitud con las ondas luminosas, en la que sentaba las bases de cómo producir estas ondas mediante circuitos oscilantes. La consecuencia más importante de su teoría es precisamente la predicción de las ondas electromagnéticas que se propagan en el espacio aéreo o en el vacío con una velocidad igual a la de la luz. En 1887 Hertz logró las primeras demostraciones prácticas de las teorías de Maxwell y consiguió producir ondas radioeléctricas construyendo una antena emisora y una receptora elementales. Posteriormente, Marconi, con apoyo en los experimentos y teorías anteriores, logró realizar la primera conexión radioeléctrica telegráfica el 12 de diciembre de 1901 entre Poldhu (Cornualles) y Saint John (Terranova), a más de 3.500 km de separación. Había nacido la radiotelegrafía.

(14) Ésta es la definición clásica, debido a su empleo generalizado en los textos de Derecho Internacional sobre telecomunicaciones; actualmente se recoge en la Constitución de la UIT (Anexo, núm. 1009), y la reproduce también la Ley General de Telecomunicaciones (Anexo de definiciones).

lación. Como consecuencia del mismo se genera una onda modulada, cuyo espectro refleja un conjunto de frecuencias, las de sus ondas armónicas, en torno a la portadora. La onda modulada se envía al medio de propagación mediante un dispositivo denominado antena.

2. La onda radioeléctrica generada por la estación transmisora y emitida al medio de propagación, alcanza su punto o puntos de destino donde accede al receptor a través de una antena de recepción, que recoge la onda. Una vez recibida la energía radioeléctrica se realiza el proceso inverso. Se transforma la señal electromagnética de la onda en señal eléctrica, se deshace la modulación y se recupera la información.

El complejo de equipos que realizan el proceso completo de tratamiento de la información hasta su conversión en una onda radioeléctrica constituye la estación transmisora o abreviadamente transmisor; por emisión se entiende el proceso de radiación de una onda radioeléctrica. El conjunto de equipos para el tratamiento de la señal recibida, en un proceso inverso al señalado, constituye la estación receptora. La conexión funcional entre la estación emisora y la receptora configura un sistema de radiocomunicación. El elemento característico del sistema es que la transmisión de la información se realiza utilizando ondas radioeléctricas, es decir, mediante radioenlaces. Ello no impide que el sistema de radio pueda contar además con elementos que dirigen la información hasta las estaciones transmisoras a través de cables, o que una vez realizado el enlace radioeléctrico, se encamine la información desde la estación receptora a su destino o destinos finales mediante cables.

c) Los condicionamientos de las radiocomunicaciones derivados del medio de propagación

Desde que el hombre descubrió que el espacio libre posee unos parámetros electromagnéticos que posibilita la propagación de ondas de esta clase, y fue capaz de dominar las leyes naturales en su provecho, empezó a utilizar este medio natural a los fines de la comunicación a distancia. Pero de esta utilización del espacio libre para fines de telecomunicación se derivan importantes consecuencias de orden físico y de orden técnico, estrechamente interrelacionados, que condicionan fuertemente la misma posibilidad de las comunicaciones. En estos condicionamientos encuentran su fundamento las razones que justifican la misma existencia de una regulación jurídica de las radiocomunicaciones, reflejo fiel de la intervención tan destacada que el poder público se atribuye en este ámbito.

En primer lugar, el efecto del espacio libre sobre la transmisión determina que las ondas en su desplazamiento se vayan atenuando, es decir, que se degraden hasta llegar a desaparecer recorrida cierta distancia. Esta característica no es uniforme, sino que a cada onda le corresponde una atenuación distinta dependiendo de su frecuencia característica, lo que implica a su vez que, siendo similar su potencia, la distancia a la que puede llegar la señal de forma útil sea diferente en función de su frecuencia. Con carácter general, una onda a menor frecuencia (número de ciclos u oscilaciones por segundo) sufre menor atenuación y, por tanto, alcanza una mayor distancia de cobertura o desplazamiento, e inversamente, si la frecuencia de la onda es mayor también es mayor su atenuación y menor su cobertura. Ésta es una de las causas por las que normalmente el coste de los equipos de procesado de señal en frecuencias bajas es menor que en frecuencias altas, pues si se desea transmitir a una distancia mayor

que la que deriva de la atenuación de esa onda, sin aumentar la potencia de transmisión, es necesario instalar un mayor número de equipos repetidores que recuperen y mantengan la calidad original de la señal enviada para que llegue así a la estación receptora final¹⁵.

Otra consecuencia del medio de propagación es que en el espacio libre existen obstáculos (cualquier cuerpo material, incluido la orografía) que la onda se encuentra en su desplazamiento. Ciertas leyes de la física determinan que algunas ondas radioeléctricas puedan atravesarlos sin perder información y otras no, o que su capacidad esté en función del tipo de obstáculo. Esta característica depende de la frecuencia de la onda, pero no lo hace de manera sencilla, de modo que ciertas frecuencias tienen mayor capacidad para atravesar ciertos materiales y otras frecuencias son mejores para atravesar otros¹⁶.

Hay que destacar, sin embargo, que la principal implicación derivada del medio de propagación es que, al no estar guiadas por conductos artificiales, las ondas se desplazan libremente de modo que no existe impedimento para que a un receptor lleguen no sólo las ondas procedentes del transmisor con el que se efectúa la comunicación, o señal deseada, sino todas las que en ese momento estén circulando en el entorno, o señales no deseadas¹⁷. Ello es debido, además, a que las ondas radioeléctricas no desaparecen por el hecho de que sean captadas por un receptor, sino sólo cuando, en función de sus propiedades para atenuarse y según su potencia, se extingan naturalmente. Por igual razón las ondas radioeléctricas en su propagación no pueden, por lo general, detenerse con medios artificiales¹⁸, de ahí que no se ajusten a criterios de territorialidad convencionales; es lugar común en la doctrina científica afirmar que las ondas radioeléctricas no reconocen fronteras, y de ahí su intrínseca tensión con la soberanía de los Estados¹⁹.

Atendiendo al hecho de que al receptor puedan llegar energías no deseadas, el Derecho denomina interferencia al efecto de tales energías que se manifiesta como degradación de la calidad, falseamiento o pérdida de información que se podría obtener en ausencia de esta energía no deseada; si el efecto de la energía no deseada degrada gravemente, interrumpe repetidamente o impide el funcionamiento de un servicio de radiocomunicación o bien compromete el funcionamiento de servicios de seguridad, se considera que es una **interferencia perjudicial**. La interferencia perjudicial es por tanto un concepto que evidencia la pérdida de la utilidad de una radiocomunicación por el efecto de energías

(15) En todo caso, los equipos de comunicaciones que utilizan frecuencias muy elevadas siempre serán más caros, puesto que deben hacer uso de tecnología de última generación.

(16) Esto determina (junto con otros muchos aspectos), que determinadas frecuencias sean más aptas que otras para su utilización en ciertas aplicaciones prácticas, dependiendo de las características deseadas para la propagación.

(17) Teniendo en cuenta, además, que pueden darse perturbaciones o radiaciones que no provienen únicamente de radiocomunicaciones, cual es el caso claro del ruido, tanto de origen natural (radiación de cuerpos cósmicos, ruido atmosférico) como artificial (parásitos producidos por motores, ruido originado por los sistemas de ignición de vehículos).

(18) En ocasiones sí es posible. Por ejemplo, resulta factible apantallar un edificio para impedir la entrada en el mismo de señales radioeléctricas de telefonía móvil, impidiendo el uso de los correspondientes terminales. Pese a todo, este tipo de actuaciones debe ceñirse siempre a un rango de frecuencias muy concreto, y en cualquier caso dentro de edificios cerrados.

(19) Vid. por todos F. FERNÁNDEZ-SHAW BALDASANO, "El desafío comunicativo: más allá de la soberanía nacional", en *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*. Coordinadores: J. CREMADES y P. MAYOR, La Ley, Madrid, 1999, págs. 61 y ss.

en el entorno del receptor del sistema, al impedir recuperar la información deseada como consecuencia de dicha perturbación; lo que explica que se prohíban las emisiones de energía que causan interferencias perjudiciales a los servicios de radio que funcionan conforme a la regulación establecida²⁰. Ha sido una constante en los Textos Internacionales que regularan las radiocomunicaciones prohibir las interferencias perjudiciales. Al respecto, la vigente Constitución de la UIT establece en el artículo.45 que “Todas las estaciones, cualquiera que sea su objeto, deberán ser instaladas y explotadas de tal manera que no puedan causar interferencias perjudiciales a las comunicaciones o servicios radioeléctricos de otros Estados Miembros, de las empresas de explotación reconocidas o de aquellas otras debidamente autorizadas para realizar un servicio de radiocomunicación y que funcionen de conformidad con las disposiciones del Reglamento de Radiocomunicaciones” e impone a los Estados el compromiso de “exigir a las empresas de explotación reconocidas por él y a las demás debidamente autorizadas a este efecto el cumplimiento de esa obligación”. Por tanto, para el Derecho Internacional es responsabilidad del Estado el que las emisiones autorizadas no causen interferencias perjudiciales a las comunicaciones bajo la tutela o responsabilidad de otros Estados. Nuestro Derecho interno articula esta prohibición tipificando como infracción la producción de interferencias perjudiciales. Y así, la Ley General de Telecomunicaciones tipifica como infracción muy grave “la producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley, incluidas las causadas por estaciones de radiodifusión que estén instaladas o en funcionamiento a bordo de un buque, de una aeronave o de cualquier otro objeto flotante o aerotransportado que transmita emisiones desde fuera del territorio español para su posible recepción total o parcial, en éste” [artículo 53.e)]; y como infracción grave: “La mera producción de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley” [artículo 54.c)].

Teniendo presentes estas consideraciones, puede afirmarse que para que un enlace radioeléctrico sea útil es preciso que el emisor y el receptor interactúen en las mismas frecuencias, lo que suele denominarse sintonía. Este dato, por obvio, suele

**EL DERECHO DENOMINA
INTERFERENCIA
PERJUDICIAL
AL EFECTO DE ENERGÍA
NO DESEADA QUE
DEGRADA GRAVEMENTE,
INTERRUMPE
REPETIDAMENTE O IMPIDE
EL FUNCIONAMIENTO
DE UN SERVICIO DE
RADIOCOMUNICACIÓN O
BIEN COMPROMETE
EL FUNCIONAMIENTO DE
SERVICIOS DE SEGURIDAD**

(20) Constitución de la UIT, Anexo, núm. 1003; igual definición se contiene en el Anexo II, 16 de la Ley General de Telecomunicaciones. Hay que precisar, no obstante, que para que la interferencia perjudicial se considere como tal a los fines de dispensar la protección que contra ella se articula el servicio interferido debe estar explotado de acuerdo con la reglamentación que se toma como referencia; por ello, la interferencia perjudicial en la Constitución de la UIT alcanza esta calificación si perjudica o degrada un servicio de radio explotado conforme al Reglamento de Radiocomunicaciones, que es un Instrumento de la UIT, en el que se explicita la reglamentación internacional de las comunicaciones por radio. En cambio, la definición de interferencia perjudicial que aparece en el punto 16 del Anexo II de la Ley General de Telecomunicaciones relaciona la perturbación, para considerarla perjudicial, al hecho de que degrade, interrumpa un servicio de radiocomunicación que funcione de conformidad con la reglamentación comunitaria o nacional aplicable.

pasar inadvertido pero es una de las bases en las que se asienta el Derecho de las radiocomunicaciones: las estaciones pueden realizar las comunicaciones en tanto que la receptora está preparada para reconocer las ondas en determinadas frecuencias; este dato ha sido fundamental en el desarrollo de las comunicaciones por radio y está en el origen de la cooperación entre los Estados en esta materia y, por ello, de la creación de las organizaciones internacionales como la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Pero además de la sintonía se requiere que en las comunicaciones no se originen interferencias perjudiciales, para lo cual es preciso alguna de estas condiciones:

– Para que distintas ondas no se superpongan o se interfieran si actúan a las mismas frecuencias, la primera opción es, por razones obvias, la separación en el tiempo de las diferentes comunicaciones, de manera que todas ellas se lleven a cabo siguiendo un cierto orden, pero no de forma simultánea. Esta solución representa, no obstante, una eficiencia ínfima pues impide la inmediatez y rapidez que una sociedad como la actual requiere en sus necesidades de comunicación. Como tendremos ocasión de ver, esta opción no se descarta en todo caso, pero evidentemente se tiende a circunscribirla a actividades muy concretas, bien por su escasa relevancia o bien por tratarse al menos de actividades de telecomunicación que no sustentan servicios comerciales dirigidos al público.

– En el caso de transmisiones simultáneas en la misma zona, es decir, la emisión de ondas radioeléctricas portadoras de comunicaciones distintas que pueden incidir en el mismo receptor, la opción más fácil para que no se interfieran de forma perjudicial estriba en que la onda de la señal deseada oscile a una frecuencia diferente. Las ondas cuyo espectro es diferente no se interfieren de forma perjudicial, aunque no significa que la energía de la onda no deseada no sea captada por el receptor. Desde esta perspectiva, para posibilitar la simultaneidad de las transmisiones deben efectuarse, en primer lugar, por ondas radioeléctricas de distintas frecuencias. Pero además, en segundo lugar, se requiere que la potencia extraída por el receptor de la onda radioeléctrica que transmite la señal deseada sea la adecuada para que pueda superar el umbral de calidad requerido en la comunicación.

– Por último, otra alternativa consiste en evitar que al mismo receptor lleguen ondas simultáneas con la misma frecuencia, al menos con capacidad de interferirse. En efecto, tal como se viene explicando para efectuar radiocomunicaciones simultáneas es necesario en principio que las ondas tengan distintas frecuencias. A esta afirmación hay que añadir un matiz importante: si las ondas cuyos espectros coinciden se propagan en áreas o zonas suficientemente alejadas entre sí, sí podrán utilizar las mismas frecuencias.

En efecto, dado que las ondas radioeléctricas se atenúan cuando se desplazan, a cierta distancia su efecto empieza a ser despreciable, ya que su potencia no va a tener capacidad de producir interferencias. Ello determina que distintos sistemas de radio puedan emplear ondas con las mismas frecuencias, siempre que se asegure que las transmisiones se realicen lo suficientemente alejadas entre sí para que no interfieran entre sí. Para ello hay que atender a las propiedades de atenuación de la onda y a su potencia. Baste decir que a mayor potencia mayor distancia se necesita, en principio, para que la atenuación sea la suficiente, de ahí que a mayor potencia mayor capacidad de interferir en otra comunicación. Esta realidad justifica

que además de las frecuencias que se utilizan en las emisiones, la potencia también sea un factor a considerar para posibilitar las comunicaciones por este medio, porque maniobrando sobre la potencia es posible compartir las mismas frecuencias. Siempre, por razones evidentes, hasta el límite o umbral de potencia necesario para esa radiocomunicación específica.

En definitiva, puede afirmarse que los parámetros fundamentales que hay que tener en cuenta para posibilitar las comunicaciones por radio son, de una parte, cuál sea la frecuencia –más bien el conjunto de las frecuencias de la onda radioeléctrica– y, de otra parte, la potencia o cantidad de energía por unidad de tiempo que lleva la onda. Como venimos reiterando, las ondas con espectros diferentes no se interfieren. Y si oscilan a las mismas frecuencias, podrán limitarse las potencias asociadas en cada onda para lograr que al receptor llegue con la calidad precisa únicamente la señal deseada. De esta forma, y en la medida que el hombre es capaz de aplicar las leyes de la naturaleza para generar y enviar ondas radioeléctricas puede maniobrar sobre sus parámetros básicos –las frecuencias a las que oscila y la potencia asociada– para posibilitar las radiocomunicaciones. Sin olvidar que las ondas radioeléctricas no son otra cosa que energía de esta naturaleza.

B) EL espectro radioeléctrico. Su condición de recurso limitado

Como se ha indicado, el dominio del hombre de las propiedades y leyes de la naturaleza ha permitido crear dispositivos dirigidos a realizar comunicaciones a distancia mediante la propagación de ondas electromagnéticas que se desplazan a la velocidad de la luz. Y que lo que individualiza a las radiocomunicaciones como sistema de telecomunicación es el medio de propagación: el espacio libre. En este sentido, los conocimientos técnicos han permitido aprovechar las propiedades electromagnéticas del espacio libre para servirse de él para las comunicaciones. Desde la percepción de que el espacio libre consiente esta utilidad, se irá decantando la presencia y existencia de un recurso, en tanto que fuente u origen de un aprovechamiento o de un bien. A este recurso se denominará espectro radioeléctrico o espectro de frecuencias radioeléctrica, término que viene a reflejar una realidad natural y también jurídica. En efecto, en la naturaleza existen ondas electromagnéticas, unas perceptibles por los sentidos, como la luz, y otras no perceptibles como las radiaciones ultravioletas, pero las ondas de las que se sirve el hombre para las comunicaciones se generan intencionadamente por artilugios técnicos, se crean por el hombre que aprovecha los parámetros electromagnéticos que presenta el espacio libre²¹. En tanto que son esos parámetros o propiedades electromagnéticas del espacio libre los que aprovecha el hombre para crear ondas que se propagan y permiten la comunicación, se llegará a entender que *es la naturaleza la que ofrece el recurso*. Se habla así de espacio electromagnético, espacio radioeléctrico, como ese recurso dado por la naturaleza, consistente en la utilidad que proporciona para las radiocomunicaciones las propiedades electromagnéticas del espacio

(21) Estamos empleando la expresión “espacio libre” de forma consciente para no inducir a identificar ese espacio con aquellas expresiones que tienen un significado jurídico determinado a otros fines: como el espacio aéreo, o el espacio extra-atmosférico o espacio exterior. En el ámbito de las radiocomunicaciones el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas no tiene en principio límites ciertos. Baste recordar que desde la Luna pudieron efectuarse emisiones dirigidas a la Tierra y viceversa, que es tanto como afirmar que se produjeron varias conversaciones y que las preguntas y respuestas procedentes de la Tierra o la Luna recorrían entre sí 300.000 Km de distancia por segundo. Otra cuestión es que la técnica permita, en función de los costes, generalizar las comunicaciones a estas distancias, y también para qué fines sean necesarias.

libre²². A esta realidad, cuyo sustrato es propio del mundo de la Física, se refiere el Derecho con el concepto de espectro de frecuencias radioeléctricas o espectro radioeléctrico.

En efecto, como indicamos *supra*, el espectro de frecuencias es un concepto técnico que revela el conjunto de frecuencias utilizables para la comunicación cuando el transporte de la señal se realiza mediante ondas electromagnéticas. En el caso de que tales ondas sean radioeléctricas el Derecho lo denomina espectro de frecuencias radioeléctricas o, simplemente, **espectro radioeléctrico**. De este modo, este concepto permite captar una realidad, en sí misma propia del mundo de la Física o de la técnica, en términos de posibilidad: el conjunto de frecuencias disponibles para las radiocomunicaciones. Desde esta perspectiva de posibilidad, **el espectro radioeléctrico representa el conjunto de ondas radioeléctricas que pueden utilizarse para la comunicación, tomando como parámetro básico de referencia y de ordenación de las mismas sus frecuencias**. Ello explica que en ocasiones se defina al espectro radioeléctrico como el conjunto de ondas radioeléctricas y en otras como el conjunto de frecuencias disponibles para la radiocomunicación. Y así, ni la Constitución ni el Convenio de la UIT definen que sea el espectro radioeléctrico o, como también se denomina, el espectro de frecuencias radioeléctricas, sino únicamente qué se entiende por ondas radioeléctricas. Por su parte, el artículo 2.1 del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT describe el espectro radioeléctrico como el conjunto de frecuencias comprendidas en las bandas de frecuencias en la que divide éste, de lo que podría deducirse que se trata del conjunto de frecuencias disponibles. Si acudimos a nuestra legislación se aprecia que cuando se ha dado una definición de espectro de frecuencias radioeléctricas, se ha considerado como tal “el conjunto de ondas radioeléctricas”²³. En la literatura jurídica también se aprecia esta disyuntiva²⁴, que realmente no es tal, porque ambas perspectivas son equivalentes, expresan la misma realidad, pues señalar que el espectro radioeléctrico representa las frecuencias disponibles es una manera más sintética si se quiere de expresar el conjunto de ondas armónicas que pueden emplearse para la radiocomunicación. De este modo, el espectro radioeléctrico es un concepto que permite aprehender cierta información, captar como una unidad

(22) Es común entre los internacionalistas referirse al espacio radioeléctrico o al espacio electromagnético como una realidad natural, como un recurso que la naturaleza ofrece, entre otros: M. AUGUSTO FERRER, *Derecho Espacial*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976; S. COURTEIX, “La Conférence administrative mondiale des radiocommunications de 1979 et le nouvel ordre international de l’ ether”, *Annuaire Française de Droit International*, vol. XXVI, 1980, págs. 625 y ss.; F. FERNÁNDEZ-SHAW BALDASANO, “El desafío comunicativo: más allá de la soberanía nacional”, en *La liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global*. Coordinadores J. CREMADES y P. MAYOR, La Ley, Madrid, 1999, págs. 61 y ss.

(23) *Vid.* Anexo de definiciones de la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones, así como el Anexo II de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, cuyo punto 12 define el espectro radioeléctrico como: las ondas radioeléctricas en las frecuencias comprendidas entre 9 KHz y 3000 GHz, siguiendo la definición que recoge la Decisión espectro radioeléctrico (Decisión 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea).

(24) En la literatura jurídica también se observa esta distinción, y así entienden que el espectro de frecuencias radioeléctricas como el conjunto de frecuencias en las que pueden transmitirse las ondas: G. ARIÑO, *El proyecto de ley sobre Televisión privada*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1987, pág. 28; M.A. TORRES, *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 140; M. SÁNCHEZ BLANCO, “La regulación del uso del espectro radioeléctrico”, en *Derecho de las Telecomunicaciones, La Ley-Actualidad*, Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, pág. 796. Por su parte, definen el espectro radioeléctrico como el conjunto de ondas hertzianas u ondas radioeléctricas: C. CHINCHILLA, en *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, pág. 117; A. ARPÓN DE MENDIVIL y M. CRESPO, en “Dominio público radioeléctrico”, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, 1999, pág. 360. Por su parte, destacando ese sustrato físico o natural que subyace en el concepto jurídico J. CREMADES define el espectro radioeléctrico como: “representación de todas las radiaciones de origen electromagnético que pueden ser ordenadas según su frecuencia o longitud de onda”, en *Telecomunicaciones. 1000 Conceptos Básicos*, núm. 345.

El espectro radioeléctrico

el conjunto formado por todas las ondas armónicas que pueden emplearse para la radiocomunicación, esto es, cuando las ondas se van a propagar por el espacio, describiendo con ello la potencialidad en frecuencias utilizable para las comunicaciones por radio.

Sin embargo, la realidad jurídica constituida por el espectro radioeléctrico no va más allá de indicar la potencialidad señalada. No puede reflejar las concretas ondas radioeléctricas que para transmitir o recibir información se están utilizando en un momento dado, según la señal que se desea transportar. Dicho en otros términos, las ondas concretas que en coordenadas de tiempo y lugar puedan estar propagándose es algo que queda extramuros de la información que proporciona el espectro radioeléctrico. Las ondas radioeléctricas o existen en la realidad natural, como ocurre con las de origen cósmico que permiten captar cierta información, o se crean por el hombre artificialmente a través de aparatos, que es lo que en verdad ha posibilitado el desarrollo de las radiocomunicaciones. El espectro radioeléctrico es algo diferente. Es el conjunto, considerado en su unidad, de las frecuencias sobre las que el hombre puede operar, sirviéndose de la energía de esta clase para transmitir o recibir información a través del espacio libre. La potencialidad en frecuencias que revela el espectro radioeléctrico es el punto de partida a partir del cual se decide cómo, en qué condiciones y quiénes podrán crearse ondas compuestas, que en función del tipo de señal a transportar y de la tecnología empleada demandarán una parte de las frecuencias disponibles, un ancho de espectro, una cantidad específica de ondas armónicas. Por ello, el espectro radioeléctrico no da cuenta de cuántas ondas compuestas concretas se generan, pues ello dependerá de las distintas opciones de distribución del mismo, de las diferentes elecciones en que se concrete la potencialidad que representa.

Dicho esto, conviene recordar, igualmente, que el espectro de frecuencias debe relacionarse con el medio de propagación de las ondas. De esta forma, el espectro radioeléctrico no es más que el conjunto de frecuencias utilizables cuando las ondas se propagan por el espacio libre. Desde esta consideración pueden explicarse ciertas dificultades operativas que se muestran propias de esta realidad, de la potencialidad de frecuencias que para las comunicaciones por radio representa el espectro radioeléctrico.

En primer lugar, sólo existe un espectro radioeléctrico. O dicho de otra manera, el espectro radioeléctrico es una realidad en singular. Esta afirmación requiere cierta explicación. En efecto, según las limitaciones comentadas en anteriores aparta-

**EL ARTÍCULO 2.1 DEL
REGLAMENTO DE
RADIOCOMUNICACIONES
DE LA UIT DESCRIBE
EL ESPECTRO
RADIOELÉCTRICO
COMO EL CONJUNTO
DE FRECUENCIAS
COMPENDIDAS EN LAS
BANDAS DE FRECUENCIA
EN LA QUE DIVIDE ÉSTE,
ES DECIR, EL CONJUNTO
DE FRECUENCIAS
DISPONIBLES**

dos, el número de comunicaciones que pueden atenderse de forma simultánea depende del espectro de frecuencias disponible con que se cuente, habida cuenta que es necesario que las ondas electromagnéticas que transportan la información por el mismo medio de propagación oscilen a frecuencias distintas para evitar interferencias perjudiciales. Por ello, y en función del ancho de banda necesario para cada onda según sea la información que transporte, el espectro de frecuencias disponible en el medio de propagación podrá abarcar un cierto número de canales de comunicación. Cuando el medio de propagación es artificial, es decir, mediante guías metálicas, de agotarse el espectro de frecuencias disponible en el mismo, basta con desplegar otra guía metálica, duplicando así la capacidad de transmisión. De esta forma, el espectro disponible de frecuencias cuando se emplean cables, según el tipo de cable de que se trate, puede aumentarse tantas veces como se requiera; basta con desplegar tantos cables como sea necesario para dar cobertura a las necesidades de telecomunicación implicadas²⁵. En este sentido, nada impide en principio aumentar indefinidamente los espectros de frecuencias que pueden utilizarse, duplicando los medios de propagación alámbricos²⁶. Por el contrario, en las transmisiones por radio se utiliza un medio de propagación que es natural: el espacio libre. Y éste es uno; no puede duplicarse al ser un elemento de la naturaleza que existe, que le viene dado al hombre. El hombre puede dominar hasta cierto punto las leyes que rigen la naturaleza y utilizarlas en su provecho, pero no puede crear o duplicar el espacio. Ello determina que el espectro radioeléctrico, o lo que es igual, la expresión jurídica que permite captar las frecuencias que pueden utilizarse cuando el medio de propagación es el espacio libre, no pueda duplicarse, ni aumentarse. Desde un punto de vista físico, sólo existe un espectro radioeléctrico que habrá de compartirse entre todas las emisiones, dato que asume el Derecho: la naturaleza ofrece un único espectro radioeléctrico.

Podría argumentarse, y desde luego con base sólida, que en la medida que el espacio libre no tiene límites definidos, en principio el espectro radioeléctrico debería ser indefinido, es decir, las frecuencias utilizables para la transmisión por radio son un continuo de cero a infinito. Sin embargo, cuando el Derecho define las ondas radioeléctricas las restringe convencionalmente a aquellas cuya frecuencia es inferior a los 3.000 GHz ($3000 \text{ GHz} = 3 \times 10^{12} \text{ Hz}$)²⁷, es decir, y según la física la parte del espectro electromagnético que abarca las microondas y parte del infrarrojo. Esta separación, como decimos, es meramente convencional, puesto que los infrarrojos, al igual que es espectro visible, como la luz visible

(25) Cada tipo de cable empleado para las telecomunicaciones posee una capacidad determinada en frecuencias conforme a sus características físicas (cable de pares, cuadretes, coaxial), o lo que es lo mismo cuenta con un determinado espectro de frecuencias. El número de usuarios al que puede dar cabida cada cable está en función, en último extremo, de los canales disponibles en el mismo, según sea el ancho de banda que requiere el tipo de información a transmitir. Si este espectro se agota, es decir, no pueden atenderse más usuarios, en principio no hay más que duplicar el cable, aumentando de nuevo la capacidad de transmisión.

(26) Cuestión diferente es que esta capacidad en principio ilimitada de duplicar los cables pueda encontrar restricciones jurídicas, habida cuenta que la instalación exige intervenir sobre el medio físico al requerir canalizaciones. Las Administraciones pueden considerar conveniente regular determinados aspectos de la instalación que minimicen el impacto que puede provocar, como su incidencia ambiental, e imponer determinadas restricciones.

(27) Vid. Convenio de la UIT, Anexo, 1005, nota 1. Esta limitación no es óbice para que las normas regulen también, y a ciertos fines, el empleo de ondas de frecuencias superiores. Y así, a efectos de estudio de cuestiones técnicas, experimentales, o de explotación que puede encomendarse a las Comisiones de Estudio de Radiocomunicaciones, también se considera radiocomunicación las telecomunicaciones realizadas por ondas de frecuencia superior a los 3.000 GHz (vid. Convenio de la UIT, Anexo, núm. 1005, nota 2).

(de frecuencia aun superior), siguen siendo ondas electromagnéticas, pero parece que no son apropiadas para las telecomunicaciones, de ahí la limitación que refleja el Derecho. Tal limitación convencional explica que, como se ha apuntado, en las ciencias físicas se emplee otro concepto: el espectro electromagnético, que reflejaría el continuo espectral o la totalidad de radiaciones electromagnéticas de las que se tiene conocimiento²⁸, de tal modo que el espectro radioeléctrico sería parte del mismo, aquel ocupado entre el rango de los 3 KHz hasta los 3.000 GHz. En iguales términos, las distintas normas que en nuestro Derecho han definido el espectro radioeléctrico o bien las ondas radioeléctricas parten de esta limitación convencionalmente aceptada, esto es, a aquellas cuya frecuencia se fija por debajo de 3.000 GHz (entre otras, Anexo II, Definiciones, punto 12 de la Ley General de Telecomunicaciones)²⁹. En consecuencia, para el Derecho radiocomunicación es toda telecomunicación transmitida por ondas cuya frecuencia no sobrepasa este límite; lo cual no es óbice para que en ocasiones las normas consideren que, a ciertos efectos, también lo es la telecomunicación por ondas a frecuencias superiores, siempre que se propaguen por el espacio sin guía artificial³⁰. Con todo, dicha distinción no resulta relevante en la práctica, ya que la tecnología actual no permite rebasar en condiciones comerciales el límite de los 3.000 GHz, como destacaremos luego.

Partiendo de la limitación señalada, el espectro radioeléctrico *se formaliza* atendiendo a una serie de claves convencionalmente aceptadas, que hacen relación a las partes en que puede dividirse, o bandas de frecuencias (número y símbolos que las representan); gama de frecuencias que abarca; subdivisión métrica correspondiente, y abreviaturas métricas para las distintas bandas. Esta formalización se ha realizado por las normas internacionales que regulan las radiocomunicaciones, de ahí que su empleo se haya generalizado al integrar el derecho de los Estados que, como el nuestro, han suscrito estas convenciones internacionales. Y así, el artículo 2.1 del Reglamento de Radiocomunicaciones vigente (que es uno de los Instrumentos de la Unión y, por tanto, con fuerza de Tratado) se sirve de las siguientes claves para describir el espectro radioeléctrico:

1. Se subdivide en nueve bandas de frecuencias continuas que se designan por números enteros (del 4 al 12) en orden creciente. La designación numérica sigue la siguiente regla: la banda “N” se extiende desde $0,3 \times 10^N$ Hz a 3×10^N Hz. A cada una de las bandas le corresponde un símbolo, que expresan mediante abreviaturas, procedentes del idioma inglés, la calificación de la banda: VLF (*very low frequency*); LF (*low frequency*); MF (*medium fre-*

(28) Y así, en el ámbito científico del mundo de la física se entiende por espectro electromagnético el total de las ondas de radio, las infrarrojas, la luz visible, la luz ultravioleta, los rayos X y los G, en la medida que todas ellas son formas de energía similares pero diferenciadas por la frecuencia y longitud de su onda; desde esta perspectiva se entiende, por ejemplo, que el espectro luminoso o ventana óptica es la parte del espectro electromagnético ocupada entre el infrarrojo y las ultravioletas, y que el espectro radioeléctrico estaría ocupado por las ondas hasta el infrarrojo (vid. tales nociones en las <http://www.lulxa.com> y www.monografias.com).

(29) También recogía esta restricción la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, y se mostraría también en el artículo 3 del Reglamento de Desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por Orden de 9 de marzo de 2000, que sigue vigente.

(30) Aparte de la previsión contenida en el Convenio de la UIT, ya citada, a nivel interno también se elude esta limitación convencional a los efectos de la regulación del uso de las ondas, pues a tenor del artículo 4 del Reglamento de Desarrollo de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico de 15 de marzo de 2000: “la utilización de ondas electromagnéticas de frecuencias superiores a 3.000 gigahertzios y propagadas por el espacio sin guía artificial, se somete al mismo régimen que la utilización de las ondas radioeléctricas, siéndole de aplicación lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones y en el presente Reglamento”.

quency); HF (high frequency); VHF (very high frequency); UHF (ultra high frequency); SHF (super high frequency); EHF (extra high frequency).

2. La unidad de frecuencia es el Hertzio (Hz) o ciclo por segundo, empleándose diferentes múltiplos de la misma para que la notación sea más compacta. A este respecto se utilizan los prefijos k = kilo (que significa 10^3 , es decir, multiplicar por mil), M = mega (10^6 o un millón) y G = giga (10^9 o mil millones).

3. La longitud de onda se expresa en metros, señalándose la longitud que se corresponde a las ondas según las frecuencias. A cada división métrica se le designa con abreviaturas para cada banda.

En atención a estas claves convencionales el espectro radioeléctrico se representa gráficamente en el siguiente cuadro explicativo:

Número de la banda	Símbolos (en inglés)	Gama de frecuencias (excluido el límite inferior, pero incluido el superior)	Subdivisión métrica correspondiente	Abreviaturas métricas para las bandas
4	VLF	3 a 30 kHz	Ondas miriamétricas	B.Mam
5	LF	30 a 300 kHz	Ondas kilométricas	B.km
6	MF	300 a 3000 kHz	Ondas hectométricas	B.hm
7	HF	3 a 30 MHz	Ondas decamétricas	B.dam
8	VHF	30 a 300 MHz	Ondas métricas	B.m
9	UHF	300 a 3000 MHz	Ondas decimétricas	B.dm
10	SHF	3 a 30 GHz	Ondas centimétricas	B.cm
11	EHF	30 a 300 GHz	Ondas milimétricas	B.mm
12		300 a 3000 GHz	Ondas decimilimétricas	

Más relevante aun que la limitación convencional internacionalmente aceptada es el hecho de que a día de hoy no es factible dominar las leyes naturales hasta el punto de lograr ondas, o percibir las, que sirvan para la comunicación a partir de determinadas frecuencias. La tecnología desarrollada al día de hoy no parece que permita considerar las frecuencias de estas nueve bandas como disponibles por entero para la comunicación. Ciertamente, los avances tecnológicos han posibilitado, desde las primeras aplicaciones de la radioelectricidad a las comunicaciones hasta nuestros días, aumentar las frecuencias disponibles. Un aumento que ha discurrido a medida que la técnica iba allanando el camino. Para ilustrarlo, basta acudir a las distintas Conferencias Internacionales de Radiocomunicación que en el seno de la UIT han coordinado la utilización del espectro de frecuencias para verificar el paulatino incremento del espectro radioeléctrico que se toma en consideración, refle-

jando en el Cuadro de Atribución de Frecuencias el consenso alcanzado acerca de qué servicios de radio pueden emplear las frecuencias disponibles. Y así, en Washington (1927) el límite superior de la atribución de frecuencia se sitúa en 30 MHz; en Madrid (1932) se amplió a 60 MHz; en el Cairo (1938) se llegó hasta los 200 MHz; en Atlantic City (1947) hasta los 10,5 GHz; en Ginebra (1957) hasta 40 GHz; y con el desarrollo de la tecnología de satélites y la emergencia de los servicios espaciales se comenzó a atribuir frecuencias a partir de 40 GHz hasta llegar a los 275 GHz, límite en que ha permanecido la atribución de frecuencias a los servicios de radiocomunicaciones³¹. En este sentido, parece pues que con la tecnología actual se dan serios inconvenientes para utilizar frecuencias por encima de 300 Gigahertzios (para ello se precisaría de una tecnología muy sofisticada y de gran coste, por lo que se encuentra en fase experimental o al menos no de conocimiento público). Como puede comprobarse en la actualidad, cuando asistimos a un vertiginoso avance en el campo de la ciencia y de la tecnología, no se cuenta con medios técnicos adecuados para hacer del espectro radioeléctrico un recurso ilimitado en sus confines. Es la técnica, por tanto, la que determina que el espectro radioeléctrico se muestre hoy como un recurso limitado, de tal modo que los avances tecnológicos están incidiendo más en la eficiencia en el uso del espectro útil para las radiocomunicaciones, mediante tecnologías que permiten restringir las necesidades en frecuencias de las comunicaciones, que en ampliar los límites del espectro radioeléctrico, de ahí el impacto de la tecnología digital en las radiocomunicaciones.

Pero además, estas limitaciones técnicas se agravan cuando la utilización de frecuencias es a fines comerciales, porque todavía no parece posible fabricar dispositivos comercialmente rentables para la prestación de servicios de radiocomunicación con fines de mercado que puedan utilizar frecuencias por encima de unas decenas de gigahertzios. Igualmente, en las frecuencias por debajo de 9 Kilohertzios se producen interferencias considerables que la técnica no permite eludir, por lo que no se suele emplear. Por todo ello, en la práctica, y al menos desde una perspectiva comercial o de prestación de servicios de radiocomunicaciones como actividad económica, el espec-

**PARA EL DERECHO,
RADIOCOMUNICACIÓN ES
TODA TELECOMUNICACIÓN
TRANSMITIDA POR ONDAS
CUYA FRECUENCIA NO
SOBREPASA EL LÍMITE
DE 3.000 GHZ Y TAMBIÉN
PUEDE SERLO
LA TELECOMUNICACIÓN
POR ONDAS A
FRECUENCIAS SUPERIORES
SI SE PROPAGAN SIN GUÍA
ARTIFICIAL**

(31) Debe advertirse, no obstante, que no tienen por qué coincidir los límites del espectro radioeléctrico que sirve para organizar el Cuadro de Atribución de Frecuencia con los límites del espectro atribuido a los servicios de radiocomunicaciones; en este sentido, desde la Conferencia Administrativa Mundial de Radiocomunicaciones de 1979 (Ginebra) hasta la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones celebrada en 2000 (Estambul) los límites del espectro radioeléctrico que servía a la confección del Cuadro de Atribución se situaba en 400 GHz, si bien únicamente estaban atribuidos o afectados a algún servicio de radiocomunicación hasta los 275 GHz, después de la última Conferencia citada los límites del espectro que refleja el Cuadro de Atribución se ha ampliado a los 1000 GHz, si bien únicamente está atribuido hasta los 275 GHz.

tro radioeléctrico disponible es un recurso que parece encontrarse de 9 KHz a 90 GHz aproximadamente³².

A esta realidad hay que añadir que no todas las partes del espectro radioeléctrico presentan las mismas propiedades físicas. Como se apuntara, las ondas poseen ciertas características típicas en función de la frecuencia que determinan entre otros aspectos su atenuación, y con ello la distancia máxima de transmisión, el volumen de interferencias asociadas, o incluso el modo de propagación. Igualmente, cada banda de frecuencias en la que se divide el espectro radioeléctrico representa una determinada potencialidad de frecuencias, pues como puede comprobarse del cuadro señalado la amplitud de cada banda aumenta exponencialmente en un orden creciente. Baste señalar que la banda 4, o de ondas miriamétricas, presenta una disponibilidad de $0,3 \times 10^{-4}$ Hz a 3×10^{-4} Hz, mientras que la banda 11, o de ondas milimétricas, presenta una disponibilidad de $0,3 \times 10^{-11}$ a 3×10^{-11} Hz. En consecuencia, la disponibilidad de frecuencias es mayor, en general, a frecuencias altas. Por ello, el ancho disponible en cada una de las bandas en que convencionalmente se divide el espectro (la potencialidad en frecuencia de cada banda) condiciona la capacidad para transmitir mayor o menor información, desde el momento que según sea el tipo de servicio que se quiera realizar los canales de comunicación requerirán un determinado ancho de espectro³³. Todas estas razones hacen que unas determinadas bandas sean más idóneas para unos servicios concretos, en función de su exigencia en frecuencias dada una cierta tecnología, de la zona de cobertura que se desee cubrir, o del modo de propagación de las ondas que incluye. Estas consideraciones hacen del espectro radioeléctrico además de limitado un recurso que en determinadas partes del mismo resulta **escaso**, porque no puede afirmarse que las frecuencias que representa sirvan indistintamente a cualquier servicio de radiocomunicación, al menos si se prima la eficacia y eficiencia que demanda su utilización. Al respecto, y atendiendo únicamente a estas exigencias técnicas, la UIT ha elaborado un cuadro en el que se refleja, para cada banda de frecuencias, los modos de propagación de las ondas, la cobertura o alcance de la transmisión, la anchura de banda que puede emplearse en las emisiones, el volumen de interferencia asociado a cada clase de onda y, en base en todo ello, la utilización más adecuada, es decir, el servicio de radio o la aplicación de telecomunicación específica³⁴.

Por todo lo cual, es fácil advertir cómo la técnica ha debido ajustarse al medio natural y el Derecho a las exigencias de la técnica; y en este proceso de interrelación de la técnica y el Derecho, el espectro radioeléctrico adquiere consistencia jurídica, *se convierte en una realidad ju-*

(32) Vid. en este sentido: GRETEL, *Competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e internet*, ob.cit., pág. 219; resulta ilustrativo a estos efectos que el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, aprobado por Orden de 22 de junio de 2005, instrumento normativo que establece la atribución de frecuencias a los servicios de radiocomunicaciones en nuestro Derecho interno, recoja atribuciones hasta 105 GHz, señalando a partir de ahí *no atribuido* en las casillas correspondientes hasta 1000 GHz, límite que sirve para formalizar el Cuadro. Este límite en la atribución de frecuencias se ha mantenido desde el primer Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias aprobado en 1998.

(33) Y así, por señalar algunos ejemplos, una onda compuesta de 10 KHz sólo puede transportar una comunicación telegráfica; una onda de 10 MHz puede transportar una emisión de televisión; y una microonda de 1.000 MHz o 1 GHz puede soportar simultáneamente varias emisiones o canales de televisión o miles de conversaciones telefónicas. Con todo, parece que la tecnología digital permitirá multiplicar la eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico, al disminuir las exigencias en frecuencias que para un mismo tipo de comunicación se requiere en analógico, de ahí la expresión "dividendo digital".

(34) Este cuadro, así como el estudio detallado del mismo, puede consultarse en *Manual de Gestión Nacional del Espectro*, Oficina de Radiocomunicaciones, Ginebra, 2006.

rídica. Por ello y sin prejuzgar que los avances tecnológicos puedan ir alumbrando el empleo de ondas a frecuencias cada vez más altas que las que en la actualidad sirven a las radiocomunicaciones, o que sea posible alumbrar tecnologías que permitan una mayor eficiencia en el uso de la energía electromagnética a fines de comunicación, el Derecho toma como punto de partida que se trata de un recurso que la naturaleza ofrece, pero con límites. En tal sentido, baste señalar que la Constitución de la UIT asume que el espectro radioeléctrico es un recurso natural limitado que debe utilizarse de forma racional, eficaz y económica e insta a los Estados a limitar las frecuencias y el espectro utilizado al mínimo indispensable para obtener el funcionamiento satisfactorio de los servicios necesarios; a tal fin, los Estados se esforzarán por aplicar, a la mayor brevedad, los últimos adelantos de la técnica (artículo 44).

II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

A) Emergencia y consolidación en nuestro Derecho del dominio público radioeléctrico

Las radiocomunicaciones han estado fuertemente intervenidas por los Estados. Si se tiene en cuenta que las primeras aplicaciones de la electricidad para la comunicación a distancia, singularmente la radiotelegrafía, se utilizaron pronto con fines de defensa nacional y seguridad marítima se explica que los Estados reivindicaran como una cuestión de soberanía, y sometida a monopolio estatal, toda clase de comunicaciones eléctricas³⁵. España no es una excepción; ya Reglamento de 24 de enero de 1908, que aprobaría las bases para el establecimiento en España del servicio de radiotelegrafía, en desarrollo de la Ley de 26 de octubre de 1907, declarará comprendido entre los monopolios del Estado “toda clase de comunicaciones eléctricas”, y en concreto: “el establecimiento y explotación de todos los sistemas y aparatos aplicables a las llamadas “telegrafía hertziana”, “telegrafía etérea” “radiotelegrafía” y demás procedimientos similares ya inventados o que puedan inventarse en el porvenir” (artículo 1). Esta norma, al igual que posteriormente el Real Decreto de 27 de febrero de 1923, permitían que el Gobierno pudiera autorizar, mediante concesión, el establecimiento de estaciones radiotelegráficas a los particulares, siempre bajo las condiciones técnicas y de servicio definidas previamente por las autoridades pertinentes —clases de estaciones, longitud de ondas de las emisiones, tipo de servicio que puede prestarse por la estación, tarifas aplicables, etc.—. Este mismo esquema de atribuir al Estado el monopolio en lo relacionado con la radiotelegrafía se aplicará a los nuevos servicios de radiocomunicaciones que la técnica va posibilitando, como fue el caso paradigmático de la radiodifusión, siendo a estos fines ilustrativa la Ley de 26 de junio de 1934, sobre la estructura técnica y económica del Servicio de Radiodifusión Nacional, que definiría a tal servicio de radiodifusión, en esos momentos sonora, como una función esencial y privativa del Estado.

Cabe advertir que lo que las primeras normas sobre radiocomunicaciones vinieron a establecer, realmente, no fue un monopolio de la actividad que como tal, al menos la de correspondencia pública y radiodifusión, podía ejercitarse por los particulares, sino un

(35) Este sentido, ARIÑO resalta cómo “por razones de seguridad nacional, en una Europa asolada por las guerras y con enfrentamientos mortales en su seno, los Estados declararon *ad cautelam* como una cuestión de soberanía y, por tanto, sometida al monopolio del Estado, toda clase de comunicaciones eléctricas”, en *El proyecto de Ley sobre Televisión Privada*, IEE, Madrid, 1987, pág. 6. Debe señalarse que en la misma base de la regulación jurídica internacional se aprecia esta consideración, son los Estados, en uso de su soberanía, quienes admitieron la necesidad de llegar a una cooperación internacional para hacer factible las radiocomunicaciones, especialmente para lograr sistemas compatibles y además evitar interferencias perjudiciales. Cooperación internacional que se inicia, precisamente, para hacer posible, las radiocomunicaciones marítimas.

monopolio mediante el cual se instrumenta el control gubernamental sobre todas las estaciones, haciendo posible que las emisiones se realizaran en los términos y parámetros previamente fijados por el poder público, y lo que es singularmente interesante, siguiendo las indicaciones de las convenciones internacionales que sobre la materia se van produciendo. En otras palabras, no se pretendía monopolizar el servicio sino recoger un título de intervención para controlar con plenos poderes el uso de las ondas por razones de orden público, seguridad y defensa nacional y, en su caso, como título desde el que ordenar el acceso de los particulares a la actividad, mediante autorizaciones y concesiones, evitando interferencias que lo hicieran imposible. En tal sentido, la doctrina habla que hasta este momento más que actividades consideradas de servicio público lo que se verifica es un monopolio estatal de policía desde el que fundamentar el control y regulación de la utilización de las ondas, de la radioelectricidad a efectos de comunicaciones³⁶. Aparece así en el contexto internacional el término de asignación de frecuencia, que alude a la decisión pública que autoriza el empleo de ondas de radio, delimitando con qué frecuencias, potencia, zona de cobertura, etc., se va a emitir, y se hace coincidir en Derecho interno con la autorización o concesión para instalar emisoras de radio.

Sin embargo, paulatinamente la consideración pública de la actividad irá tomando una consistencia cada vez mayor, hasta llegar a la declaración formal de la radio sonora y de la televisión como servicio público, siendo la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de Radiodifusión, la norma que condicionará todo el desarrollo normativo posterior en materia de radiodifusión. En este ámbito, el de la radiodifusión, la consideración de servicio público de la actividad determinó que pasara a un segundo plano todo lo relacionado con el medio de transmisión, las ondas de radio, pues la relevancia pública de la actividad diluye las consideraciones técnicas que se refieren al medio portador: las ondas de radio. Todas las formas de telecomunicación, y muy especialmente las radiocomunicaciones tienen la calificación de servicio público. Por esta razón, los parámetros o reglas sobre las que descansaba la gestión técnica del uso de la energía electromagnética para las comunicaciones por radio no se explicitaban, diluyéndose en la decisión sobre en qué términos o condiciones se autorizaba, en los ámbitos en que se permitía esta actividad, la prestación del servicio público, cuya titularidad correspondía al Estado en todo caso.

La primera vez que en nuestro país se alude a un título de intervención en esta materia distinto del servicio público, es en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y precisamente en el ámbito de la televisión, debiéndose destacar que lo que se cuestionaba por los recurrentes no fue la calificación de servicio público de la actividad televisiva sino el monopolio estatal en la prestación del servicio. En efecto, en la STC 12/1982, de 31 de marzo, tras reconocer que el derecho fundamental a difundir ideas y opiniones comprende en principio el derecho a crear medios materiales para hacerlo posible, llegará a estimar que existen límites y condicionantes que deben considerarse, entre los que se encuentra la escasez del medio de transporte de la señal televisiva, al hilo de lo cual afirmaría que “la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien de dominio público, con una calificación por nadie contradicha”. También en la STC 74/1982, de 7 de diciembre,

(36) Vid. T. QUADRA SALCEDO, “El servicio público de la televisión”, IEA, 1976, págs. en especial, 148 y ss., C. SORIA, *Orígenes del Derecho de Radiodifusión en España*, Pamplona, 1984, especialmente págs. 107 y ss.

se señalaría que “la emisión mediante ondas radioeléctricas entraña la utilización de un bien calificado de dominio público”.

Al margen de otros aspectos relacionados con esta doctrina del Tribunal Constitucional, especialmente su peso en el desarrollo de la radiodifusión como servicio público en nuestro país, conviene resaltar su incidencia en la configuración jurídica del espectro de frecuencias, toda vez que se parte de la existencia de un dominio público en la emisión de las ondas radioeléctricas. Se alude así a otro título de intervención público sobre las radiocomunicaciones: el dominio público, desligado de la calificación de servicio público de la actividad de radiodifusión. Esta jurisprudencia sobre la radio y televisión, que parte de la existencia de un dominio público radioeléctrico, se mantiene hasta nuestros días, baste citar las SSTC 26/1982, de 24 de mayo; 206/1990, de 13 de diciembre; 168/1993, de 27 de mayo; 127/1994, de 5 de mayo, entre otras, quizás porque en esos momentos el legislador ya había afirmado la existencia de la demanialidad radioeléctrica³⁷.

En efecto, será la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, de 18 de diciembre (LOT), la norma que por primera vez refleje este título de intervención, el dominio público y así, tras declarar en el artículo 1 que las telecomunicaciones son servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público, en su artículo 7 atribuirá al Estado “las potestades de gestión, administración y control del dominio público radioeléctrico”). Curiosamente la Ley Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987 no realizaría una declaración formal de la demanialidad radioeléctrica, como exigiría el artículo 132. 2 CE, ni tampoco llegaría a identificar claramente al Estado como el titular de este dominio público, sino que da ambas determinaciones por supuestas o sobreentendidas. Con todo, lo más llamativo será que las facultades que en el artículo 7 LOT se atribuyen al Estado sobre el dominio público radioeléctrico –gestión, planificación, administración y control– se proyectan reiteradamente en este precepto sobre el espectro radioeléctrico o espectro de frecuencias radioeléctricas, y sin embargo no será la realidad identificada como tal la que se califique de dominio público. Y así, en el Anexo de la Ley de 1987, dedicado a las definiciones, se distinguirá de una parte el espectro radioeléctrico, definido conforme a la normativa de la

**CONVIENE RESALTAR
LA INCIDENCIA EN LA
CONFIGURACIÓN JURÍDICA
DEL ESPECTRO DE
FRECUENCIAS
EL DESARROLLO DE
LA RADIODIFUSIÓN
COMO SERVICIO PÚBLICO
PARTIENDO
DE LA EXISTENCIA DE
UN DOMINIO PÚBLICO
EN LA EMISIÓN
DE LAS ONDAS
ELECTROMAGNÉTICAS**

(37) Sobre la incidencia de la utilización del dominio público radioeléctrico en la configuración de la televisión por ondas y la radiodifusión sonora en nuestro país como servicio público, y su derivación como límites o condicionamientos al derecho a crear medios de comunicación social y su evolución posterior puede consultarse entre otros: F.J. BASTIDA FREJEIDO, “Problemas constitucionales de la creación de empresas informativas”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, 1996, págs. 11 y ss. y A. MENDOZA LOZANA, “La libertad de información. Derecho a crear medios de comunicación: La libertad de antena en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Aranzadi Civil*, I, 1998, págs. 27 y ss.

Unión Internacional de Telecomunicaciones, esto es, el conjunto de ondas radioeléctricas comprendidas entre 3 KHz y 3.000 GHz (Anexo, punto 12), y, de otra parte, el dominio público radioeléctrico, entendiendo por éste “el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas” (Anexo, punto 12). Aparece así en la escena normativa y por primera vez una realidad diferente, el espacio radioeléctrico, sobre el que recae la condición de dominio público, que se distingue del espectro de frecuencias o espectro radioeléctrico o conjunto de ondas electromagnéticas, identificadas por sus frecuencias, que son posibles en su propagación por el espacio sin guía artificial.

La definición del dominio público radioeléctrico se mantendrá en los mismos términos en el artículo 5 del Real Decreto 844/1989, de 7 de julio, que aprobaría el Reglamento de Desarrollo de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, en relación con el uso del dominio público radioeléctrico y los servicios de valor añadido que utilicen dicho dominio (RDPR de 1989), y en tales términos se recogería también en Anexo de Definiciones de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, de 24 de abril, que además dedicaría el Capítulo V a la ordenación “Del dominio público radioeléctrico”, y, en consonancia con la misma, la Orden de 9 de marzo de 2000, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998 en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico (RDPR de 2000), reiterará que el dominio público radioeléctrico “es el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas” (artículo 3).

Sin embargo, que la demanialidad se predicase del “espacio”, y a pesar de la afirmación del Tribunal Constitucional en 1982, suscitaba cierta polémica, en la medida que ese espacio no parecía que fuese otro que el aire o el espacio aéreo —recuérdese que lo que caracteriza a las ondas radioeléctricas es que se propagan libremente sin guía artificial—, y, por ello mismo, una realidad inmaterial que para la doctrina distaba mucho de poder calificarse de dominio público; a lo más y conforme a nuestra tradición jurídica sería una *res communes omnia*, un bien colectivo de uso común³⁸. No pasó inadvertido, sin embargo, que la demanialidad del espacio era a los fines de la radiocomunicación, y no respecto a cualquier otra utilización, lo cual enlazaba con la corriente doctrinal que identifica una entidad distinta del espacio aéreo y del espacio ultraterrestre que sería precisamente el espacio electromagnético, o realidad natural que permite el fenómeno de la propagación de la energía de esta clase; para esta corriente doctrinal las ondas radioeléctricas cuando se propagan están ocupando un espacio, precisamente ese espacio electromagnético o espacio hertziano³⁹.

En cualquier caso, la referencia al espacio para identificar el dominio público radioeléctrico generaría bastante confusión en nuestra doctrina, de ahí que se iniciara un debate acerca de cuál era realmente el objeto de regulación, o en otros términos, qué subyacía en la de-

(38) Desde el entendimiento de que las Sentencias del Tribunal Constitucional de 1982 estaban refiriendo la calificación de dominio público al espacio por el que se expanden las ondas de radio, y éste no podía ser otro que el espacio aéreo las críticas de la doctrina fueron contundentes; F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 298; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 232, y G. ARIÑO ORTIZ, *El Proyecto de Ley sobre Televisión privada*, pág. 105.

(39) Además de lo indicado *supra*, es muy interesante el estudio de F. FERNÁNDEZ-SHAW en el que se postula la existencia de un espacio electromagnético, que atravesaría al espacio aéreo y al ultraterrestre, como una realidad natural que por sus propiedades de generar campos magnéticos y eléctricos es la que hace posible las radiocomunicaciones, y en el que se cita toda una corriente doctrinal que sustenta tales postulados, en “El desafío comunicativo: más allá de la soberanía nacional”, en *La liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*, La Ley, Madrid, 1999.

manialidad radioeléctrica. Y así, algunos autores afirmarían que el objeto sobre el que recae este particular dominio público sería propiamente las ondas radioeléctricas⁴⁰; otros que lo demanializado era el espectro de frecuencias o la formalización estructurada de las frecuencias⁴¹; o, en fin, se sostuvo que el espacio radioeléctrico era un eufemismo, y que el objeto de regulación debía ser de un bien mueble, la energía electromagnética y, dentro de ésta, la calificación se debía centrar en dos de sus características: la potencia y la frecuencia⁴². Por lo demás, no faltaron autores que argumentaron que las ondas radioeléctricas sobre las que se basan las radiocomunicaciones no existen como tales sino que se crean por los aparatos emisores y receptores sintonizados en determinadas frecuencias, lo que evidencia que en cualquier caso lo que subyace como demanial no es más que una actividad que permite conseguir estas utilidades⁴³. Ahondando en esta consideración M. FERNANDO PABLO sostuvo que, en realidad, la consagración legislativa en los términos descritos del dominio público radioeléctrico no supondría otra cosa que una reserva al Estado *ex artículo 128 CE*, sin demanialización, de la potestad de conferir derechos exclusivos de uso sobre ese espacio, que no podrían ser conseguidos por actos *iure privato*, de ahí que el objeto de este particular dominio público serían los derechos de uso del espectro de radiofrecuencias⁴⁴.

Como puede observarse, pese a lo aparente de la discusión, todas estas tesis estarían en la misma línea de pensamiento: el objeto de regulación y, en su caso de calificación jurídica, debe ser el recurso, la utilidad que proporciona las propiedades del espacio libre a los fines de la radiocomunicación; y este recurso se sustantiva en la realidad jurídica constituida por el espectro radioeléctrico. Por esta razón, creemos que la diferenciación entre espacio radioeléctrico y espectro de frecuencias radioeléctricas que reflejase la LOT no era tal, sino dos formas de observar el fenómeno. El espacio radioeléctrico sería un concepto que reflejaría el recurso natural, esas propiedades electromagnéticas en el espacio libre que consiente la propagación de las ondas, y este recurso se instrumenta en el Derecho en el espectro radioeléctrico o de frecuencias radioeléctricas, que refleja el recurso en términos de disponibilidad: el potencial de ondas armónicas ordenadas por sus frecuencias que proporciona este singular recurso.

La nueva Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGT de 2003), que responde a las exigencias del nuevo orden comunitario dispuesto para las comunicaciones electrónicas, y en lo que nos afecta a las determinaciones comunitarias en materia de espectro radioeléctrico, abandona la noción de espacio y centra el objeto del dominio público y con ello del régimen jurídico dispuesto en el espectro radioeléctrico. También identifica

(40) En este sentido, C. CHINCHILLA, en *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 118 y ss., a quien se debe realmente la construcción en nuestra país acerca de la demanialidad de las ondas radioeléctricas antes incluso de que la leyes hablaran de dominio público radioeléctrico; en igual dirección, ARPÓN DE MENDEVIL-CRESPO, en *Comentario a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 360.

(41) A. TORRES, en *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 169 y “El dominio público radioeléctrico”, RAAP, núm. 37, 2000, pág. 275; VVAA, en *Competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e internet*. GRETEL, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, Madrid, 1998, pág. 221.

(42) A. ARIÑO ORTIZ, *El Proyecto de Ley de Televisión privada*, *ob. cit.*, pág. 108, aunque llegue a cuestionar que estos parámetros no pueden ser objeto posible de dominio público, salvo como eufemismo para justificar y encubrir un poder ordenador del Estado sobre aquél.

(43) DE LA CUÉTARA, en Prólogo al libro de VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.

(44) “Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo o realidad”, RAAP, núm. 143, 1997, pág. 133, y los comentarios del mismo autor en E. GARCÍA DE ENTERRÍA-DE LA QUADRA SALCEDO (Coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 538.

sin duda alguna al titular de este dominio público: el Estado. De forma clara, en el primer apartado del artículo 43 LGT, con el que se inicia el Título V –intitulado Dominio público radioeléctrico–, se dispone: “El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público, cuya titularidad, gestión, planificación administración y control corresponden al Estado”; encontrada la definición del espectro radioeléctrico en el Anexo II, de Definiciones, como: “las ondas radioeléctricas en las frecuencias comprendidas entre 9 KHz y 3000 GHz; las ondas radioeléctricas son ondas electromagnéticas propagadas por el espacio sin guía artificial”.

La sustantividad del recurso constituido por el espectro radioeléctrico y su calificación jurídica como integrante del dominio público del Estado, desdibujada y discutida en tiempos, es en el estado actual de nuestro Derecho una realidad jurídica indiscutible.

Ciertamente, se está en presencia de una realidad inmaterial, de un bien que no es susceptible de apropiación como tal, si no es por la intermediación de una actividad humana: la creación de ondas radioeléctricas y su utilización como transporte de señales de comunicación. Pero tal circunstancia no imposibilita que el Derecho otorgue a esta realidad aportada por la naturaleza y aprehensible desde la ciencia y la física la consistencia de un recurso de titularidad estatal. La cuestión es saber cuál sea el sentido y funcionalidad que desde ese mismo Derecho se hace derivar de la declaración de que el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público.

B) Sentido y funcionalidad de la demanialidad radioeléctrica

Ante todo, debe señalarse que con independencia de cuál sea la calificación jurídica que en cada ordenamiento de los distintos países se establezca del espectro radioeléctrico, la exigencia de una ordenación pública que racionalice el uso de las ondas de radio a fines de radiocomunicación se muestra como una necesidad generalizada. A lo cual contribuye decididamente la regulación internacional del espectro radioeléctrico pues es el Estado el responsable ante la Comunidad internacional de que no se produzcan interferencias que impidan o menoscaben las radiocomunicaciones en otros países. Todos los Estados Miembros de la Unión Internacional de Telecomunicaciones se comprometen a observar las normas internacionales que rigen el uso del espectro radioeléctrico en todas las oficinas y estaciones instaladas y explotadas por ellos, así como adoptar las medidas necesarias para imponer su observancia a las empresas autorizadas que exploten estaciones que puedan causar interferencias perjudiciales a los servicios de radiocomunicaciones bajo responsabilidad o salvaguarda de otros países (artículo 45 CIT). La ordenación internacional parte de la soberanía de los Estados para regular sus telecomunicaciones, pero se asienta en el compromiso de cada uno de ellos de controlar las radiocomunicaciones realizadas desde su territorio, sea cual sea la entidad o el sujeto que realice la actividad de radio. Este dato, presente en el Derecho de la UIT desde sus propios orígenes, permite entrever que las instancias públicas han asumido a nivel interno con bastante normalidad que les corresponde el control del espectro y del uso de la energía radioeléctrica afines de comunicación⁴⁵.

(45) Existe una abundante bibliografía sobre la ordenación internacional de las telecomunicaciones y, más específicamente, sobre el régimen de las comunicaciones por radio. Sin pretensiones de exhaustividad, desde una perspectiva general puede

Resulta ilustrativo, a estos efectos, que la mayoría de los países, consideren al espectro radioeléctrico como un recurso o un bien cuya gestión compete al poder público, y que al menos cuando el uso de frecuencias requiera exclusividad para asegurar la comunicación se requiera una previa habilitación pública. Lo que varía en cada país es el modo en que se articula esta reserva en la gestión del espectro en mano pública, pues ello depende de las propias categorías que en cada ordenamiento sustentan la intervención pública. Por poner algunos ejemplos, en los países que conocen la categoría de dominio público a veces se acude a este título de intervención, otras se niega esta calificación jurídica. Y así, en Francia, los textos legislativos declaran la demanialidad del espectro radioeléctrico, considerándose que la utilización de frecuencias disponibles sobre el territorio de la República constituye un modo de ocupación privativa del dominio público del Estado⁴⁶. La legislación portuguesa establece igualmente que el espectro radioeléctrico es parte integrante del dominio público del Estado⁴⁷. Por el contrario, en Italia el *etere*, denominación que se le da al espacio por el que se propagan las ondas radiolétricas, no se considera de dominio público, sino un bien común de uso colectivo, sin perjuicio de que su utilización a los fines de emitir radiocomunicaciones requiera una previa habilitación pública en tanto que compete al Estado el poder-deber de preservar y gestionar estas utilidades del *etere*⁴⁸.

**MUCHOS PAÍSES
CONSIDERAN AL ESPECTRO
RADIOELÉCTRICO COMO
UN RECURSO CUYA
GESTIÓN COMPETE
AL PODER PÚBLICO**

Es más, incluso en países que desconocen la categoría de “dominio público” como Alemania o Estados Unidos, el espectro radioeléctrico se considera un recurso público, cuya gestión compete al Gobierno Federal, que es quien aprueba los planes de utilización, si bien la autorización a los particulares para realizar radiocomunicaciones compete a determinadas Agencias o Entes independientes. Y así, en Estados Unidos, desde

consultarse: FERNÁNDEZ-SHAW, F., *La Organización internacional de las Telecomunicaciones y de la Radiodifusión*, Tecnos, Madrid, 1978, y “La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): pasado, presente y futuro”, *Revista de Política Internacional*, núm. 125, 1973, págs. 91 y ss. En relación a la ordenación internacional del uso de las frecuencias, vid. GOÏ, R., “La répartition des fréquences en matière de télécommunications”, *Annuaire Française de Droit International*, 1959, págs. 569 y ss.; LEIVE, D., *International telecommunications and International Law: the regulation of the radio spectrum*, Oceana Publications, 1971; TOMLINSON, J., *The international control of radio-communications*, Ginebra, 1998; B. TCHIKAYA, *Le Droit International des Télécommunications*, París, 1998.

(46) Vid. artículo 10 de la Ley 86-1067 sobre Libertad de Comunicación introducido por Ley de 17 de enero de 1989; asimismo el nuevo Título III del Del Code de Postes et Telecommunication introducido por Ley 96-659 de regulación de las telecomunicaciones crea la Agencia Nacional de Frecuencias con la misión de asegurar la planificación, la gestión y el control de la utilización del dominio público de frecuencias radioeléctricas (artículo 97.1); sobre la cuestión vid. J. CHEVALLIER, “La nouvelle réforme des telecommunications. Rupture et continuités”, *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 1996, pág. 937. Por lo demás, la demanialidad del espectro radioeléctrico también ha sido bastante discutida en este país, vid. la controversia publicada en la *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 5 (2), 1989, con el título “Les ondes appartenent-elles au domaine public?”, en la que B. DELCROS, se pronuncia a favor y D. TRUCHET, en contra.

(47) La Ley de Telecomunicaciones de 1997 mantiene la demanialidad del espectro que la Ley 87/1988 había establecido; vid. “El mercado portugués de las telecomunicaciones: apreciación jurídica”, en *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*, CREMADES-MAYOR MENÉNDEZ (Coordinadores), La Ley-Ministerio de Fomento, 1999, págs. 657 y ss.

(48) Vid., por todos, M. GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'economia*, 1989, págs. 92 y ss.

la Radio Act de 1927, que crearía la *Federal Radio Commission* hoy denominada *Federal Communications Commission*, se asentó la regla de que el derecho exclusivo al uso de una banda de frecuencias se subordina al otorgamiento de una licencia expresa a favor del solicitante, salvo excepción normativa⁴⁹. En Alemania, la Ley de Telecomunicaciones de 1999 reserva al Gobierno Federal la ordenación de las frecuencias, de modo que es el competente para establecer mediante un plan la atribución de las frecuencias entre los servicios, y se encomienda a la Agencia pública de regulación la elaboración de un plan de usos de las mismas, así como la asignación a los particulares, mediante autorización expresa, de la utilización de determinadas frecuencias⁵⁰.

Al margen, por tanto, de la calificación jurídica que se otorgue al espectro radioeléctrico se aprecia un sustrato común: se trata de articular el poder de regular y, muy especialmente, de gestionar la utilización de las ondas de radio para las comunicaciones. **Es fácil advertir que, en nuestro caso, lo que subyace en la demanialidad radioeléctrica es sustentar un conjunto de potestades públicas dirigidas a garantizar la gestión de las frecuencias, su distribución entre los servicios de radiocomunicación y, particularmente, excluir el uso a estos fines de la radioelectricidad por los particulares que no se avengan a la previa ordenación dispuesta por la Administración.** Ya hace tiempo C. CHINCHILLA llamó la atención de que la titularidad en este caso se mostraba como una zona de competencia demanial, esto es, un título de intervención con el que el Estado pretende garantizar un uso ordenado y eficaz del bien⁵¹. Porque lo que evidencian las normas jurídicas es que el fin perseguido, el interés implicado, no es tanto asegurar la titularidad de unos bienes o más propiamente de un recurso como arbitrar su gestión racional, el uso ordenado de un recurso limitado, desde el momento en que se constata que para que la emisión sea útil se precisa en la mayoría de los casos exclusividad en la emisión, que sólo un sujeto pueda utilizar el recurso al mismo tiempo y del mismo modo (frecuencia, potencia, zona de servicio, etc.). Sin esa previa ordenación y racionalización del espectro de frecuencias no podría conseguirse la utilidad que éste, como infraestructura inalámbrica, proporciona a los fines de la radiocomunicación.

Ciertamente, este objetivo podía haberse conseguido desde otros títulos de intervención, máxime en un momento en el que, a diferencia de otras épocas históricas, nuestro Derecho conoce de otras técnicas, como la reserva de recursos esenciales (artículo 128 CE). Esta otra solución hubiera sorteado algunas de las críticas que se hacen a la demanialidad radioeléctrica, como son las dificultades de predicar del espectro los principios que según el artículo 132 CE debe inspirar su régimen jurídico: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, en tanto la intangibilidad del objeto que tratamos⁵²; o las que se centran en lo confuso que resulta articular una titularidad o propiedad de un objeto inasible por

(49) Regla que mantiene la nueva Ley de Telecomunicaciones de 1999, aunque la FCC ha suprimido la exigencia de licencia individual en ciertos casos como para operar radios VHF a bordo de un barco o de un avión a los fines de localización de emergencia; sobre la regulación del espectro en este país vid. R.G. KIRK, "Las comunicaciones móviles inalámbricas en los Estados Unidos", *La liberalización de las telecomunicaciones ... ob. cit.*, págs. 789 y ss.

(50) Vid. R. ARNOLD, "La nueva Ley de Telecomunicaciones en Alemania", *La liberalización de las Telecomunicaciones...*, ob. cit., págs. 611 y ss.

(51) En *La radiotelevisión como servicio público esencial*, ob. cit., pág. 141.

(52) Entre otros, BARCELONA LLOP, "Consideraciones sobre el dominio público natural", *RAP*, núm. 13, 1998, pág. 122.

definición⁵³. Lo que no se puede afirmar es que sea extraño a nuestra tradición jurídica utilizar el dominio público como título legitimador de la ordenación o de la gestión por el poder público del uso de “un recurso” que se considera esencial. Baste recordar que unas de las finalidades a las que se conectaría la categoría del dominio público cuando se recibe por el Código Civil será “el fomento de la riqueza nacional” (artículo 339), con una clara influencia de la legislación minera. Y no se olvide que en la propia Constitución se declaran de dominio público del Estado, entre otros, “los recursos naturales de la zona económica exclusiva y plataforma continental”, además del mar territorial (artículo 132.2 CE). Demanialidad que a nadie se le escapa trasluce soberanía, y poder de regulación y control. Como afirmara el Tribunal Constitucional “la incorporación de un bien al demanio supone no tanto una forma de apropiación sino una técnica dirigida a excluir el bien afectado del tráfico jurídico ordinario. El bien de dominio público es así, ante todo, *res extracomercium*, su afectación, que tiene esta eficacia, puede perseguir distintas finalidades típicas y entre ellas, se incluye la prestación de un servicio público o ... garantizar la gestión y utilización controlada de un recurso esencial” (STC 227/1988, recaída sobre la Ley de Aguas).

Que ésta es la finalidad que subyace en este particular dominio público, la reserva al poder público de la gestión del espectro de frecuencias, se muestra claramente en las normas; valga señalar que la demanialidad del espectro declarada se traduce a renglón seguido en el artículo 43 LGT de 2003 en términos de *gestión, planificación, administración y control que corresponden al Estado*⁵⁴. En este sentido, nuestro Derecho no ha llegado en ningún momento a señalar cuál es ese destino o afectación entre los que tradicionalmente se barajan como elemento determinante de la demanialidad, el uso público o el servicio público, porque el interés público implicado en la *publicatio* de este recurso no es más que habilitar a los poderes públicos de un título de intervención para ordenar, gestionar y permitir extraer la utilidad que para las radiocomunicaciones representa este recurso, no se olvide, limitado.

Importa resaltar dos cosas. La primera, es que la titularidad demanial entendida en términos de gestión viene a significar que corresponde al poder público los diversos procedimientos técnicos y administrativos con los que se pretender asegurar el funcionamiento de las estaciones radioeléctricas en todo momento, sin causar o recibir interferencias. Quedan cubiertas bajo este término decisiones tan trascendentes como a cuál o cuáles servicios de radio se les reserva qué partes del espectro o qué bandas de frecuencias (atribución de frecuencias), así como qué estaciones pueden utilizar determinadas frecuencias y en qué condiciones: anchura de banda, potencia, campo de cobertura, relación de protección, zona de servicio, entre todas las cuestiones técnicas que definirán los términos en que la actividad de radiocomunicación está autorizada (asignación de frecuencias). Pero en este cometido, el Estado debe acomodarse a una disciplina que trasciende sus fronteras, pues como se destaca en el artículo 43 LGT de 2003 “Dicha gestión se ejercerá de conformidad con lo dispuesto en este título y en los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte, atendiendo a la normativa aplicable en la Unión Europea y a

(53) ARIÑO y otros en *Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 386.

(54) Sobre el significado de la demanialidad radioeléctrica vid. M. FERNANDO PABLO, “Dominio público radioeléctrico”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Coord. GARCÍA DE ENTERRÍA-DE LA QUADRA SALCEDO, Thomson-Civitas, 2003, en especial págs. 724 y ss.

las resoluciones y recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales”.

En efecto, considerada en su unidad la disciplina de la gestión del espectro presenta algunas dificultades de aprehensión. De entrada porque su sistema de fuentes es bastante complejo, habida cuenta que se superponen ordenamientos jurídicos emanados de distintas organizaciones. En primer lugar, y dado que las ondas radioeléctricas no reconocen fronteras convencionales, una parte importante de la gestión del espectro radioeléctrico es competencia de una organización internacional: la Unión Internacional de Telecomunicaciones. En el seno de esta organización se establecen los mecanismos de coordinación internacional para la utilización de las frecuencias, que se instrumentan en un conjunto de normas que especifican como competencia de la UIT determinadas decisiones de la gestión del espectro. En consecuencia, y en la medida que el Derecho de la UIT se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, hay que partir de él para analizar el régimen jurídico de la utilización de las frecuencias. En esta regulación se establecen cuáles son las competencias sobre la gestión del espectro que se reserva la UIT, y las que reconocen como de competencia de cada Estado. A partir de este deslinde básico cobran sentido las normas que nuestro Derecho interno establece sobre la utilización del espectro radioeléctrico.

Pero además del Derecho de la UIT, y de otras normas internacionales ratificadas por el Reino de España, hay que tener presente nuestra pertenencia a la Unión Europea. El alcance y extensión de las potestades que sobre la gestión del espectro el Derecho Internacional reconoce a los Estados nacionales, deviene condicionado en nuestro caso por la intermediación del Derecho Comunitario. En este sentido, y por cuanto existen políticas comunitarias sobre actividades que requieren para su desarrollo el empleo de ondas radioeléctricas, se ha alumbrado una política propia sobre el espectro en la Comunidad, estableciéndose el marco político y jurídico que permite a ésta establecer decisiones sobre la utilización armonizada de frecuencias en la Comunidad. Asimismo, la normativa comunitaria que disciplina las comunicaciones electrónicas contiene importantes prescripciones acerca de la gestión del espectro radioeléctrico, y el ámbito de respuesta que la autoridad de regulación presenta cuando está implicada una actividad sobre la que se prohíben derechos especiales o exclusivos; los derechos de uso de frecuencias, que es como se denomina a la asignación de frecuencias en el Derecho comunitario, se regulan como de otorgamiento necesario en tanto hayan frecuencias disponibles.

La segunda cuestión a retener es que, por cuanto para instrumentar esta reserva en mano pública de la gestión del espectro radioeléctrico se ha acudido a la calificación de dominio público, nuestro Derecho ha dispuesto tal régimen precisamente sobre la dogmática clásica de los usos del dominio público. La tipología de usos del espectro, los títulos habilitantes requeridos para los diversos usos y su régimen jurídico se disponen desde la óptica tradicional de los usos demaniales, lo cual determinará bastantes particularidades a la hora de verificar un encaje pacífico entre los postulados de la dogmática tradicional y la regulación dispuesta para la utilización del espectro radioeléctrico. Pero para analizar todos estos aspectos de la regulación jurídica del espectro radioeléctrico se precisa más espacio del que aquí se puede ocupar.

El patrimonio empresarial de la Administración General del Estado

ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN

Profesora Titular de Derecho
Administrativo de la Universidad
de Sevilla

Resumen

EL PATRIMONIO EMPRESARIAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

La novedosa noción de “patrimonio empresarial” que ha acuñado la LPAP tiene dos manifestaciones concurrentes y sólo parcialmente coincidentes. Desde una vertiente subjetiva “patrimonio empresarial de la Administración General del Estado” tiene por objeto ordenar determinados aspectos del régimen jurídico y la gestión patrimonial de las EPES y entidades de Derecho público asimilables y, en particular, de las sociedades mercantiles estatales. Mas el régimen jurídico de tales compañías mercantiles ha de “reconstruirse” en cierta medida, a partir de una lista un tanto deslavazada de preceptos que adolecen de importantes lagunas, pues la Ley ha dejado pasar la oportunidad de abundar en la regulación de los elementos regulados de la potestad de iniciativa pública económica. Por su parte, el régimen especial de las SA de capital exclusivo estatal (artículo 166.2) se hace depender de que el Consejo de Minis-

tros al acordar la constitución de una SA de tal clase designe un Ministerio de tutela cuyas competencias guarden relación específica con el objeto social de la compañía.

En definitiva, puede decirse que desde la vertiente subjetiva la noción de “patrimonio empresarial” forma un círculo secante con la noción de Patrimonio del Estado, cuyo único punto de coincidencia son las EPES lo que evidencia las fricciones que provoca su doble naturaleza de Administración y empresa. Por otra parte, desde la vertiente objetiva, el patrimonio empresarial comprende fundamentalmente el régimen jurídico específico de la gestión patrimonial de las acciones, valores, títulos representativos de capital de sociedades mercantiles, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en los mercados secundarios organizados.

Abstract

THE MANAGERIAL PATRIMONY OF THE GENERAL ADMINISTRATION OF THE STATE

The novel notion of “managerial patrimony” that the LPAP has coined has two concurrent and only partially coincident manifestations. From a subjective point of view the subject matter of “managerial patrimony of the General Administration of the State” is to order some aspects of the juridical regime and the patrimonial administration of the EPES and the assimilable public right entities and, in particular, of the state mercantile societies. But the juridical regime of such mercantile companies must be “re-constructed” in such a way, starting from a bit unruly list of precepts that suffer of important gaps, because the Law has left out the opportunity of insists in the regulation of the ruled elements of the power of economical public initiative. In one hand the special regime of the SA of exclusive statal capital sum (art. 166.2) it is made depend on that the Cabinet

when according the constitution of a SA of that class design a tutelary Ministry whose competences have an specific relation with the social object of the company.

Definitively, it can be said that from the subjective notion of “managerial patrimony” it develops a circle with only one point in common with the notion of Patrimony of the State, whose only coincidence point are the EPES, what evidences the frictions incited by its double nature of Administration and company. On the other hand, from the objective point of view, the managerial patrimony comprises essentially the specific juridical regime of the patrimonial management of the shares, securities, titles representative of capital sum of mercantile societies, participative credits and another susceptible to be negotiated in the organized secondary markets.

Sumario:

I. Sentido y alcance de la noción “patrimonio empresarial” de la Administración General del

Estado. A) El elemento subjetivo: entidades de Derecho público y sociedades mercantiles.

B) El elemento objetivo o material. C) Las incoherencias y asimetrías del concepto “patrimonio empresarial” en la LPAP. **II. Régimen jurídico de las sociedades mercantiles estatales.**

A) Disposiciones generales. a) Creación. Necesidad de abundar en los elementos reglados de la potestad de iniciativa pública económica. b) Competencias del Ministro de Hacienda y de la Dirección General del Patrimonio. c) Adquisición y enajenación de títulos representativos de capital. B) Las disposiciones especiales respecto de las SA de capital exclusivo estatal (artículo 166.2). a) Designación de un específico Ministerio de tutela o adscripción. Sus facultades.

b) Instrucciones y el principio de la irresponsabilidad de los administradores.

INTRODUCCIÓN

Es objeto del presente análisis el Título VII de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones públicas tanto en su vertiente subjetiva como objetiva o material, haciendo especial hincapié en las cuestiones más relevantes que la nueva ley ha aportado a este respecto, que se centran de una parte en el propio concepto de “patrimonio empresarial” y de otra parte, en el régimen jurídico de las sociedades mercantiles estatales, por lo que no se va a proceder a un estudio sistemático de todos y cada uno de los preceptos dado el carácter necesariamente más limitado de este trabajo.

Por lo demás hay que tener en cuenta que ninguno de los preceptos que conforman este Título tienen la consideración de básicos o de aplicación plena, lo que se traduce en que el patrimonio empresarial y accionario de las Administraciones autonómicas y locales continuarán rigiéndose por su propia normativa de patrimonio y de régimen local o de bienes de las entidades locales.

I. SENTIDO Y ALCANCE DE LA NOCIÓN “PATRIMONIO EMPRESARIAL” DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Punto de partida obligado y previo al análisis del Título VII lo constituye la necesidad de precisar el significado de la noción de “patrimonio empresarial” que acuña la Ley. Se trata de un concepto novedoso al tiempo que dudoso, y respecto del cual habrá de determinarse cuáles son las características propias que adjetivan este patrimonio como “empresarial”, por contraposición a la noción de Patrimonio del Estado que con carácter global y omnicomprendivo maneja la Ley al proclamar en el artículo 9.1 que el Patrimonio del Estado está integrado por el Patrimonio de la Administración General del Estado y los patrimonios de los organismos públicos que se encuentren en relación de dependencia o vinculación con la misma. Precisamente el carácter global y omnicomprendivo de la Ley explican que la noción de Patrimonio de las Administraciones Públicas en el artículo 2¹ y más en concreto, Patrimonio del Estado, no

**LA NOCIÓN DE
“PATRIMONIO
EMPRESARIAL” ACUÑADA
EN EL TÍTULO VII DE
LA LEY 33/2003, DE
PATRIMONIO DE LAS
ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS, ES UN
CONCEPTO NOVEDOSO
Y DUDOSO RESPECTO
DEL QUE DEBERÁN
DETERMINARSE SUS
CARACTERÍSTICAS
PROPIAS**

(1) La LPAP proclama en su artículo 1 que tiene por objeto establecer las bases del régimen patrimonial de las Administraciones públicas, y regular, de conformidad con el artículo 132 de la Constitución, la administración, defensa y conservación del Patrimonio del Estado. Precizando el artículo 2 su ámbito de aplicación: 1. Administración General del Estado y organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma; 2. Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas en los aspectos básicos o de aplicación plena según la Disposición Final Segunda.

haga referencia a una relación de titularidad, sino a su carácter teleológico como conjunto de bienes de cualquier naturaleza, ya sean de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales, de titularidad de la Administración del Estado o de sus organismos públicos que están al servicio de los fines del Estado. Y más destacadamente por lo que afecta a la gestión patrimonial a la estabilidad presupuestaria y al servicio de las políticas públicas sectoriales, en particular de la vivienda.

Del artículo 166 se desprende que la noción de patrimonio empresarial alude, de una parte, a un elemento o ámbito subjetivo, es decir va referido sólo y regula exclusivamente el elenco de entidades a las que cita el precepto en los apartados 1 y 2; mas, de otra parte, hace referencia a un elemento o ámbito material, pues comprende la regulación de la gestión de determinados bienes². Veamos pues cada uno de los aspectos enunciados.

A) El elemento subjetivo: entidades de Derecho público y sociedades mercantiles

La lectura del artículo 166 en sus apartados 1 y 2 permite clasificar en dos grupos los sujetos que conforman el ámbito subjetivo de aplicación del patrimonio empresarial según tengan personalidad jurídica de Derecho público o de Derecho privado. De esta distinción resulta que bajo la fórmula de personificación de Derecho público el artículo 166.1 LPAP contempla en su ámbito de aplicación:

a) A las entidades públicas empresariales del Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE). Las EPES son organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación a tenor del artículo 53.1 LOFAGE.

b) A las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50%, de operaciones realizadas en el mercado. Alude así la LPAP tanto a entes preexistentes a la entrada en vigor de la LOFAGE que no se hayan adecuados a la misma o que la ley haya dejado fuera del proceso de adecuación por seguir rigiéndose por su normativa específica, pero que puedan tener la consideración de empresa; así como las entidades que se constituyan con posterioridad a la entrada en vigor de la LOFAGE y que se rijan preferentemente por sus normas de creación o de funcionamiento. En cualquier caso, del precepto se infiere que para que tales entidades de Derecho público de régimen singular se incluyan en la noción de patrimonio empresarial han de poder ser calificadas de empresa, siendo una de sus notas típicas la financiación mayoritaria a través de ingresos obtenidos en el mercado. Se acomoda así la LPAP con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP) cuyo artículo 2 enumera los integrantes del sector público estatal. Seguidamente el artículo 3 LGP divide el sector público estatal a los efectos de esta Ley en subsector administrativo, subsector empresarial y subsector fundacional. En lo que aquí importa, el

(2) Véase igualmente esta acertada aproximación al Título VII de la LPAP en GONZÁLEZ RAMOS, C., "El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, director MESTRE DELGADO, J.F., El Consultor, Madrid, 2004, págs. 1178-1183.

elemento que diferencia al subsector administrativo del empresarial, en definitiva, la consideración de un ente instrumental de la Administración como empresa o no lo es amén de la forma jurídica, toda vez que las EPES y las sociedades mercantiles estatales en todo caso tienen dicha consideración según la LGP [artículo 3.2.a) y b) LGP], un elemento material, que se trate de entidades de Derecho público que reúnan los siguientes requisitos materiales para tener la consideración de empresa (artículo 3.1 LGP *a contrario sensu*):

1ª Que su actividad principal consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que no efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro.

2ª Que se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta ley, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contraprestación de la entrega de bienes o prestaciones de servicios.

Por su parte, bajo la forma de personificación de Derecho privado la Ley se refiere a sociedades mercantiles género común del que a su vez pueden diferenciarse según la especificidad de su régimen jurídico que es objeto de regulación en este título VII de la LPAP en:

– Sociedades mercantiles estatales que son aquellas participadas mayoritariamente directa o indirectamente por las entidades que integren el sector público estatal [artículo 166. c), siguiendo la definición acuñada por el artículo 6.1.a) TRLGP de 23 de septiembre de 1988]. La Ley recoge una regla para el cómputo de las participaciones en orden a determinar cuándo se cumple el referido porcentaje mayoritario de propiedad accionarial estatal que es reproducción de la que se establece en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. En efecto, la norma preceptúa:

“1. En tanto legalmente no se disponga otra cosa acerca de la definición de empresas públicas, y a los efectos de delimitar el ámbito de la función fiscalizadora del Tribunal sobre las entidades a que se refiere el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/1982, tendrán aquella consideración: a) Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales o de sus Organismos autónomos. b) Las Entidades de derecho público con personalidad jurídica, constituidas en el ámbito del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al Ordenamiento jurídico privado.

2. Cuando en el capital de una misma empresa o sociedad participen distintas Administraciones públicas u otras entidades del sector público, se sumarán los coeficientes de participación de todas ellas para determinar el carácter de empresa pública o sociedad estatal.”

– Sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades estatales constituyen una unidad de decisión por encontrarse en alguno de los supuestos del artículo 4 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores [artículo 166.1.d)]. En definitiva porque alguna de ellas

ostente o pueda ostentar el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto. Presunciones del artículo 42.2 Código de Comercio. En definitiva es una manifestación más de la exportación de la teoría de las sociedades dominadas y de los grupos de sociedades elaborada en el Derecho mercantil al Derecho Administrativo, y a la postre, el acogimiento parcial del criterio de la influencia dominante que el Derecho comunitario predica para el concepto de empresa pública. En este sentido, es por todos conocida la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la Transparencia de las Relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, cuya última modificación se ha producido en virtud de la Directiva 2000/52/CE de la Comisión de 26 de julio, y cuyo artículo 2.1 dispone que a efectos de la presente Directiva, se entenderá por empresas públicas “cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen” [letra b)]. Y en el apartado 2 el mismo precepto establece que se presumirá que hay influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente: “a) posea la mayoría del capital suscrito de la empresa; o b) disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia de la empresa”.

– Como un grupo diferenciado contempla el artículo 166 pero en su apartado 2 a aquellas sociedades anónimas participadas en su totalidad, directa o indirectamente por la Administración General del Estado o sus organismos públicos. Para estas sociedades anónimas de capital exclusivo público prevé la Ley un régimen jurídico propio en los artículos 176 a 182, aunque como veremos más adelante, la especificidad del régimen jurídico de estas sociedades anónimas públicas es menor de lo que se anuncia en la Exposición de Motivos.

Esta división en dos grupos de entidades por razón de su naturaleza jurídica pública o privada conlleva un diferente régimen jurídico de su gestión patrimonial (artículo 167). Por ello cabe preguntarse si el presente Título LPAP pretende regular la totalidad de los bienes que constituyen el patrimonio de las entidades incluidas en su ámbito de aplicación con independencia de su naturaleza patrimonial o demanial. Parece que hay que dar una respuesta en sentido afirmativo, pues según el artículo 167.1 LPAP el régimen del patrimonio de las EPES y entidades de Derecho público asimilables se ajustará a esta Ley, y en lo no previsto al Derecho privado, y seguidamente añade “salvo en la materia de bienes de dominio público en que les serán de aplicación las disposiciones reguladoras de estos bienes”.

Por su parte, para las sociedades mercantiles de régimen común según el presente Título VII [artículo 166.1.c) y d)] el artículo 167.2 dispone que ajustarán la gestión de su patrimonio al Derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de esta Ley que les resulten expresamente de aplicación. En cambio, para las sociedades anónimas de capital exclusivo de la Administración del Estado o de sus organismos públicos el artículo 166.2 proclama

a su vez que se regirán por el presente Título y por el ordenamiento jurídico privado, “salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación”, en los mismos términos que la redacción dada por la DF Primera de la LPAP a la Disposición Adicional Duodécima apartado 2 de la LOFAGE.

No se explica por qué para las sociedades mercantiles estatales [artículo 166.1.c)], y aquellas en las que la Administración General del Estado o sus organismos públicos tengan una influencia dominante el artículo 167.2 LPAP haya obviado toda referencia a las otras normas que desde el Derecho presupuestario y administrativo les puedan resultar de aplicación, tal y como con acierto dispone la Disposición Adicional Duodécima de LOFAGE en su apartado 1 “Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación”³. Obviamente, se trata de un olvido, una muestra de mala técnica legislativa pues la propia LPAP por mor de su Disposición Final Primera ha provocado la modificación de la redacción de la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE, sin trascendencia jurídica alguna, toda vez que tanto la LGP 47/2003 y Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contienen las disposiciones que son de expresa aplicación a tales sociedades mercantiles estatales.

El ámbito subjetivo del “patrimonio empresarial” no incluye a las fundaciones del sector público estatal que se regulan íntegramente por su norma específica, es decir Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones y cuyo régimen de administración y disposición de su patrimonio se ordena íntegramente por los artículos 19 a 22 de dicha Ley, incluidas las fundaciones del sector público estatal que a tenor del artículo 44 se definen como aquellas en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que se constituyan con una

**PARA LAS SOCIEDADES
MERCANTILES ESTATALES
Y AQUELLAS EN LAS QUE
LA ADMINISTRACIÓN
GENERAL DEL ESTADO
O SUS ORGANISMOS
PÚBLICOS TENGAN
INFLUENCIA DOMINANTE,
SE HA OBLIVADO
TODA REFERENCIA A
NORMAS DE DERECHO
PRESUPUESTARIO Y
ADMINISTRATIVO QUE
PUDIERAN SERLES
APLICABLES**

(3) Nótese que la modificación que, en virtud de la Disposición Final Primera de la LPAP se ha producido en este apartado, se limita a la cita entre las normas de Derecho público aplicables a estas sociedades mercantiles la legislación patrimonial, es decir, una clara alusión a la LPAP al objeto de dar cumplimiento al fin proclamado en la Ley que no es otro que conseguir una unidad en el régimen de la gestión del patrimonio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Además a nivel de la Administración Local la Ley 57/2003, de 26 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local que ha modificado el artículo 85 LBRL dedicado a los modos de gestión de los servicios públicos locales, ha introducido asimismo con carácter básico un artículo 85 ter LBRL en el que para la sociedad mercantil local que es aquella cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público dependiente de la misma, [artículo 85.2.d) LBRL] se dispone: “Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en las que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero (...)”.

aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal. b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”.

El artículo 45.1 de la Ley de Fundaciones en redacción dada por la Disposición Final Segunda de la LGP dispone que:

“1. La constitución, transformación, fusión y la extinción, y los actos o negocios que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público estatal o la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente, requerirán autorización previa del Consejo de Ministros. En la constitución y en la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente se asegurará, en todo caso, la designación por las entidades del sector público estatal de la mayoría de los miembros del patronato⁴.”

De suerte que las fundaciones del sector público estatal no forman parte ni del concepto de Patrimonio del Estado que ha acuñado la LPAP en los artículos 2.1 y 9.1, ni tampoco de la noción de “patrimonio empresarial” del Título VII lógicamente por los fines que le son propios y que no tienen la consideración de empresa, lo que se traduce en que el régimen patrimonial de las fundaciones del sector público estatal se regula íntegramente, como se ha puesto de manifiesto, por su norma específica, es decir la meritada Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

B) El elemento objetivo o material

El ámbito objetivo del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado se define en los apartados 3 y 4 del artículo 166. El apartado 3 enumera una serie de bienes de los que se dice que “formarán parte” lo que en principio puede dar a entender que no se trata de una definición cerrada. Empero, lo más llamativo es el referente subjetivo que el precepto introduce para este tipo de bienes: “formarán parte del patrimonio empresarial de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos”. Lo que provoca una sorprendente asimetría con el ámbito subjetivo que el mismo precepto define en los apartados 1 y 2 anteriormente examinados. En definitiva, el ámbito subjetivo de los apartados 1 y 2 del artículo 166 no es coincidente con el predicado en el apartado 3 de la misma norma que viene referido a la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, puesto que las sociedades mercantiles estatales no están comprendidas en el género de los organismos públicos de la LOFAGE.

Así pues, desde la vertiente objetiva o material la noción de patrimonio empresarial de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos va referida a un determinado tipo de bienes: “las acciones, títulos, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, derechos de suscripción preferente, contratos financieros de

(4) En cuanto al régimen jurídico de las fundaciones del sector público estatal, véase el artículo 46.

opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos para la Administración General del Estado o sus organismos públicos”.

A lo anterior hay que añadir la novedad que representa lo dispuesto en el número 4 del artículo 166 que considera los fondos propios de las EPES, como aportación de capital del Estado, disponiendo que se registrarán en la contabilidad patrimonial como el capital aportado para la constitución de estos organismos. Dos cuestiones suscita el precepto.

En primer lugar, no se comprende que sólo se considere como parte del patrimonio empresarial los fondos propios de las EPES, olvidando toda alusión a los fondos propios de las entidades de Derecho público asimilables que actúen como una empresa por financiarse mayoritariamente con ingresos de mercado y a las que —como hemos visto— alude la letra b) del artículo 166.1 LPAP. Estimamos que se trata de un “simple olvido”, impresión que se ve ratificada en nuestra opinión por el artículo 170 LPAP dedicado a enumerar las competencias del Ministerio de Hacienda (referencia que ahora hay que hacer al Ministro de Economía y Hacienda) en cuyo apartado 2 preceptúa que ejercerá: “en la forma que reglamentariamente se determine y sin perjuicio de las competencias en materia presupuestaria y de control financiero, la representación de los intereses económicos generales de la Administración General del Estado en las Entidades a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 166.1 de esta ley, para la adecuada acomodación de la gestión de los patrimonios públicos que les han sido atribuidos a las estrategias generales fijadas por el Gobierno y a los criterios definidos según lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo”.

En segundo lugar, el apartado 4 del artículo 166 regula como una consecuencia de la consideración de tales fondos propios como capital aportado a su constitución generar derechos de participación en el reparto de las ganancias de la entidad, así como en el patrimonio resultante de su liquidación”. ¿Con quién y cómo va a repartir la Administración General del Estado o sus organismos públicos las ganancias o el patrimonio resultante de la liquidación de la entidad?⁵. Es una cuestión cuya articulación el artículo 170.3 demora a desarrollo reglamentario posterior. Se completa este exiguo régimen jurídico de los fondos propios de estas entidades públicas en el Título VII de la Ley disponiendo que corresponde a la Dirección General del Patrimonio del Estado la propuesta de actuaciones sobre tales fondos propios que impliquen reducción o incremento del mismo como contrapartida a operaciones que supongan la escisión o fusión de actividades o bien la incorporación de bienes al Patrimonio de la Administración General del Estado o bien la aportación de bienes de ésta a tales entidades públicas (artículo 170.4 LPAP).

En conclusión, el análisis del ámbito material del patrimonio empresarial pone de manifiesto que tiene por objeto la específica regulación de un determinado tipo de bienes patrimoniales: las acciones, títulos, valores y demás derechos asimilados que enumera el

(5) Esta pregunta también se la formulan SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., “Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado”, Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, coordinadora CHINCHILLA MARÍN, C., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, manifestando “no se entiende con quién reparte el Estado toda vez que es el propietario único de esa entidad empresarial, a menos que admitamos que ésta sea el fruto de la fecundidad de algún convenio con otras Administraciones u organismos públicos que también hayan aportado fondos a su constitución o su funcionamiento” (pág. 769).

artículo 166.3 y a los que se refiere igualmente el artículo 7.2 LPAP con una sustancial coincidencia al proclamar: “En todo caso, tendrán la consideración de bienes patrimoniales de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos los derechos de arrendamiento, los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles (...)”.

Pues hay que tener en cuenta que los artículos 105 a 109 dedicados al aprovechamiento y explotación de los bienes y derechos patrimoniales, así como todo el Título V de la Ley que regula la gestión de los bienes y derechos patrimoniales no se aplican a las sociedades mercantiles, quedando asimismo fuera de su regulación las acciones, títulos, valores, obligaciones y “otros susceptibles de ser negociados en los mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos para la Administración General del Estado o sus organismos públicos”.

C) Las incoherencias y asimetrías del concepto “patrimonio empresarial” en la LPAP

La noción de patrimonio empresarial que ha acuñado la LPAP tiene dos manifestaciones concurrentes y sólo parcialmente coincidentes, porque de una parte, regula determinados sujetos, los enumerados en el artículo 166.1 y 2 y, de otra parte, regula determinados bienes patrimoniales de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos. Así pues, desde una vertiente subjetiva “patrimonio empresarial de la Administración General del Estado” según los artículos 166.1 y 2 y 167 tiene por objeto ordenar determinados aspectos del régimen jurídico y la gestión patrimonial de las EPES y entidades de Derecho público asimilables y, en particular, de las sociedades mercantiles públicas, ya sean de participación mayoritaria o exclusiva del Estado y/o sus organismos públicos. Mas, nótese, que el régimen del patrimonio de las EPES en puridad no se contiene en este Título VII, sino a lo largo de toda la Ley con un régimen sustancialmente idéntico que el de los Organismos Autónomos al integrar la noción de Patrimonio del Estado⁶ (artículos 2.1, 9.1 y 2 LPAP)⁷ y tener la consideración de organismo público. Asimismo, el régimen

(6) La LPAP lleva a cabo una regulación común del patrimonio de los organismos públicos, en sus dos especies OA y EPES. Sin embargo, no queremos dejar de apuntar las dos diferencias de su régimen jurídico patrimonial más notables: 1º artículo 41.3 LPAP, las entidades públicas empresariales no podrán ejercer las facultades y prerrogativas exorbitantes para la defensa de sus bienes que tengan carácter de patrimoniales, en cambio los OA sí; 2º artículos 80.3 y 81.3 LPAP, respecto del régimen de incorporación de los bienes inmuebles y derechos reales de los organismos públicos que no les sean necesarios para el cumplimiento de sus fines. El artículo 80.1 parte de la regla general de la incorporación al patrimonio de la Administración General del Estado de común aplicación. No obstante, en el caso de las EPES que, en virtud de sus normas de creación o estatutos tengan reconocidas facultades para la enajenación de sus bienes, cuando los inmuebles o derechos reales dejen de serles necesarios, están sujetas a simple deber de comunicación de esta circunstancia al Director General del Patrimonio del Estado (apartado 3, artículo 80). En cambio, los OA están sujetos a mayores restricciones toda vez que el artículo 81.3 para este mismo caso ordena que el Ministro de Hacienda podrá acordar la no incorporación del inmueble o derecho real al patrimonio de la Administración General del Estado.

(7) El análisis del régimen del patrimonio de los organismos públicos en sus dos modalidades, Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales, en la LPAP tropieza con la dificultad de que esta perspectiva no es la tenida en cuenta por el legislador en la sistemática de la Ley, sino que por el contrario, el criterio preponderante adoptado por la norma es el de la materia. Así pues, el examen de la LPAP en su consideración del sujeto titular de los bienes, no es la perspectiva asumida por la Ley, lo que obliga a indagar materia por materia a lo largo de su articulado las disposiciones establecidas para los organismos públicos. Vid. Informe del Consejo de Estado de 3 de abril de 2003 al Anteproyecto de LPAP (Expediente 803/2003).

de constitución y funcionamiento de tales entidades es extraño a una Ley de Patrimonio y al tener la consideración de Administración institucional se regula en la LOFAGE. A la postre, el Título VII amén de la referencia a las EPES en el ámbito subjetivo [artículos 166.1.b) y 166.4] no contiene otra regulación específicamente referida a las EPES, sólo alguna regla de índole competencial. De ahí que desde la vertiente subjetiva la noción de “patrimonio empresarial” forme un círculo secante con la noción de Patrimonio del Estado, cuyo único punto de coincidencia son las EPES lo que evidencia las fricciones que provoca su doble naturaleza: Administración institucional del Estado lo que justifica la atribución de potestades y su regulación desde la vertiente patrimonial al abrigo de la noción Patrimonio del Estado; y empresa, por lo que se incluyen en el ámbito del patrimonio empresarial.

Por ello el Título VII de la LPAP adolece de una importante incoherencia interna que, puntualicemos, no le es imputable, al no exigir a las EPES para su inclusión en el ámbito subjetivo de la noción de “patrimonio empresarial” que actúen como una empresa. Ello es importante resaltarlo, pues estimamos que no todos los fines que se pueden atribuir a esta fórmula organizativa a tenor del artículo 56.1 LOFAGE son de carácter industrial o mercantil, es decir, empresarial. Y si como señala la Exposición de Motivos de la Ley “la amplitud con la que se definen los sujetos a los que serán de aplicación sus previsiones pretende abarcar todas las unidades económicas vinculadas a la Administración General del Estado susceptibles de ser consideradas empresas” la cita de las EPES en el artículo 166.1.a) tendría que haberse completado con la exigencia del cumplimiento de los criterios materiales que determinan la consideración de un ente de Derecho público como tal empresa: que su actividad principal consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivos o que se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, criterio expresamente acogido por la LPAP [letra b) artículo 166.1] para las entidades de Derecho público asimilables a las EPES. Se trata pues, de un defecto en la coherencia interna del ámbito subjetivo de la noción de patrimonio empresarial que pone de relieve las dificultades que suscita la naturaleza híbrida de las EPES y las fricciones que provoca en el sistema de Derecho administrativo esta fórmula organizativa: mientras que para la LOFAGE las EPES son Administración institucional, para la LGP tienen siempre la consideración de empresa (artículo 2) por su solo dato formal, sin requerir la reunión de los requisitos materiales que permiten su conside-

LA NOCIÓN DE PATRIMONIO EMPRESARIAL ACUÑADA POR LA LPAP TIENE DOS MANIFESTACIONES CONCURRENTES: REGULA DETERMINADOS SUJETOS ENUMERADOS EN EL ARTÍCULO 166.1 Y 2 Y, TAMBIÉN, REGULA DETERMINADOS BIENES PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

ración de empresa. De ahí que la incoherencia de la noción de patrimonio empresarial sea tributaria de esta consideración de las EPES ambivalente y contrapuesta.

Entre la doctrina⁸ se han planteado dudas acerca de la constitucionalidad de la fórmula EPES precisamente en función de las actividades que le son propias en relación con la atribución de potestades y su consideración de Administración al tiempo que empresa. A la postre, una vez más la cuestión se reconduce, a nuestro entender y como he manifestado en otras ocasiones⁹, a la confusión entre la iniciativa pública en la economía del artículo 128.2 CE primer inciso, cuando la Administración se hace empresario y cuyo estatuto jurídico comunitario y constitucional demanda la sujeción a un régimen de igualdad con la empresa privada y a las reglas y lógica del mercado, por lo que está constreñida a utilizar los ropajes jurídicos que responden a dicha lógica; y la manifestación de la potestad organizatoria de la Administración, es decir, entes instrumentales que tienen atribuidas funciones y competencias de la Administración que nada tienen que ver con la lógica del mercado y que demandan la utilización de prerrogativas exorbitantes. Es, en definitiva, la Administración como poder público, en el ejercicio de autoridad por lo que se le confieren potestades públicas exorbitantes. La cuestión está en si las actividades que le son propias y la nota del carácter empresarial se compadecen con el status de poder público que tienen encomendado en virtud de la LOFAGE. Pues la atribución de actividades de naturaleza híbrida, es decir, de mercado y de autoridad llevan a una confusión de su régimen jurídico, en particular en parcelas tan destacadas como el personal, la contratación y la responsabilidad, en desdoro de la seguridad jurídica.

Por otra parte, desde la vertiente objetiva, el patrimonio empresarial comprende, como hemos visto, el régimen jurídico específico de la gestión patrimonial de las acciones valores, títulos representativos de capital de sociedades mercantiles.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES

Como ya se ha puesto de relieve, cabalmente el Título VII tiene por objeto más específico el régimen de las sociedades mercantiles públicas, así como en íntima conexión, el régimen de gestión, administración y explotación de las acciones y títulos representativos de capital en sociedades mercantiles. Por ello, se va a exponer en primer lugar el régimen de las sociedades mercantiles estatales que podríamos denominar de régimen común [las del artículo 166.1.c) así como las SA de capital exclusivo estatal cuando no se designe un ministerio específico de tutela] y, en segundo lugar, las disposiciones especiales aplicables a la SA de capital exclusivo estatal contenidas en el Capítulo II del Título VII.

(8) Vid. el interesante estudio de BETANCOR RODRÍGUEZ, A., "Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa", DA, núm. 246-247, 1996-1997, págs. 439- 492.

(9) MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

A) Disposiciones generales

El Título VII regula desde la vertiente del Derecho Administrativo, en particular desde la óptica competencial, algunos aspectos básicos del régimen jurídico de las compañías mercantiles estatales, teniendo en cuenta que tales disposiciones no agotan el elenco de normas que desde el Derecho presupuestario y administrativo disciplinan su régimen jurídico, pues, como dispone la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE en su apartado 1: “Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial¹⁰, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública”.

En otro orden de cosas, en puridad la Ley no lleva a cabo una regulación ordenada y sistemática de tales sociedades, sino que por el contrario, en el Capítulo I se entremezclan normas aplicables a todos los entes incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación del “patrimonio empresarial” de la Administración General del Estado, por lo que la exposición del régimen jurídico de tales compañías mercantiles ha de “reconstruirse” en cierta medida, a partir de esa lista un tanto deslavazada de preceptos carentes de sistema.

Del elenco de competencias que el artículo 169 LPAP atribuye al Consejo de Ministros pueden diferenciarse netamente las competencias de índole política, es decir, de definición y dirección de la política relativa al sector público empresarial, de las de naturaleza netamente administrativa. Respecto de estas últimas, como ocurre y es común en las potestades de la Administración de índole económica, en concreto, por lo que respecta a la potestad de iniciativa pública en la economía, se trata de una potestad dotada de la máxima discrecionalidad de iniciativa posible. Por ello, hubiera sido deseable separar claramente ambos tipos de atribuciones, para seguidamente haber ordenado y dotado de sistemática las de carácter administrativo en general y las relativas al régimen de las sociedades mercantiles públicas estatales en particular.

a) Creación. Necesidad de abundar en los elementos reglados de la potestad de iniciativa pública económica

El artículo 169.f) reserva al Consejo de Ministros autorizar la creación, transformación, fusión, escisión y extinción de sociedades mercantiles estatales, así como los actos o negocios que impliquen la pérdida o adquisición de esta condición en sociedades existentes¹¹. Como fácilmente se colige, se pretende reservar a la competencia del Consejo de Ministros todos los actos trascendentales de la vida y funcionamiento de tales sociedades estatales. Respecto del procedimiento a seguir en orden a la formación de la voluntad administrativa el párrafo segundo de este mismo precepto se limita a imponer la exigencia de incluir en el expediente una memoria relativa a los efectos económicos previstos. Sor-

(10) Referencia a la legislación patrimonial introducida en este precepto por mor de la Disposición Final Primera de la LOFAGE.

(11) Asimismo, a tenor de la letra h) del artículo 169 corresponde al Consejo de Ministros autorizar los actos de adquisición o enajenación de acciones de las sociedades del apartado d) del artículo 166.1 LPAP cuando impliquen la asunción o pérdida de la posición de control.

prendentemente, la Ley nada regula acerca del contenido mínimo obligatorio que ha de tener dicho acuerdo de autorización, en particular por lo que respecta a la determinación de las actividades que van a integrar el objeto social de la sociedad estatal mercantil cuya constitución se autoriza, siendo así, que dando una muestra más de imprecisión técnica sí prevé en la letra f) del artículo 169 la autorización del Consejo de Ministros para autorizar el objeto social de las sociedades del artículo 166.2 LPAP, es decir, las SA de capital exclusivo estatal.

La legitimidad de la decisión de creación o participación en una sociedad con personalidad jurídica sujeta al Derecho privado, ha de articularse necesariamente a través del procedimiento jurídico público de formación de la voluntad administrativa según el tipo de personificación elegida. En orden al control de la discrecionalidad administrativa se trata de profundizar en la juridificación de la potestad de creación de empresas públicas en forma mercantil abundando en sus elementos reglados. Es decir, frente a la legítima discrecionalidad de iniciativa en orden a decidir crear o no una empresa pública mercantil, contrarrestarla en aras de la racionalidad con el reforzamiento de los elementos formales reglados: competencia y procedimiento¹². A la postre, los actos de creación y de dirección de la gestión de un ente de la Administración por más que actúe *ad extra* sometido al Derecho privado, son actos administrativos de la Administración matriz de tutela, se califiquen o no de “acto separable”¹³, y corresponde al Derecho Administrativo regular cumplidamente todo lo relativo a dicha autorización, dado que va a posibilitar la plenitud de control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa, a la vez que va a servir de parámetro para evaluar su correcta ejecución por el procedimiento jurídico privado.

El procedimiento de formación de la voluntad administrativa finaliza con un acuerdo o autorización, auténtico acto administrativo que permite el control de la legalidad del procedimiento a través de la aplicación de la teoría de las nulidades de los actos adminis-

(12) Vid. TORNOS MAS, J., “Discrecionalidad e intervención administrativa económica”, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, I Jornadas de Estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Civitas, Madrid, 1996, págs. 391-410; asimismo, en la misma obra colectiva MONTOYA MARTÍN, E., “La discrecionalidad de la Administración en la creación y en la elección de la forma jurídica de las empresas públicas: técnicas de control”, págs. 503-525.

(13) Véase la crítica de MACERA-TIRAGALLO B.F. en *La teoría de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, Cedecs, Barcelona, 2001. Afirma: “La premisa básica que hemos de tener presente es que es indudable la naturaleza jurídico-pública del proceso de formación de la voluntad de la Administración en fase de creación de sus entidades instrumentales (así como es evidente su distinción con respecto al procedimiento mercantil propio de constitución societaria). Tanto su desarrollo como su exteriorización formal (el acto de creación —o autorización de creación— de la sociedad), dicho proceso se enmarca directamente en el ejercicio de la potestad organizativa de la Administración. Y como es obvio también, el dato de la personalidad jurídico-privada del ente de cuya constitución se trate, apenas hace falta precisarlo, carece por completo de operatividad para relativizar el dominio que ejerce en dicha materia el ordenamiento jurídico-público.

Si es así ¿qué necesidad tenemos de acudir al artificio de la separabilidad para justificar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa? (...) el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es competente para enjuiciar la validez de las decisiones antes aludidas porque se trata pura y simplemente de actos administrativos dictados por órganos administrativos en el marco de procedimientos administrativos predeterminados; no porque constituyan decisiones encuadradas en algún procedimiento jurídico-privado pero revestidas de una cierta singularidad desde el punto de vista de su procedencia subjetiva u orgánica. En realidad, como vemos, ni siquiera existe la unidad inicial que es condición *sine qua non* para que pueda activarse el mecanismo de la separación. Y cuando dos cosas no tienen entre ellas ningún vínculo real y directo, no tiene sentido querer disgregarlas. Además, como es evidente, no vale ni sirve crear la ilusión de una unidad global para intentar cubrir de legitimidad o utilidad el recurso a la ficción de separabilidad” (págs. 197-198).

trativos¹⁴ con las ventajas de transmitir sus efectos invalidantes según su gravedad al procedimiento jurídico privado de creación o participación o adopción de cualquiera de los acuerdos relevantes de la vida de compañías mercantiles públicas. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Comercio: “La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme a Derecho”.

La expresión “con arreglo a las leyes” empleada por el Código de Comercio comprende toda nulidad establecida en cualquier ley del entero ordenamiento jurídico, por lo que no se limita sólo a las leyes propias del Derecho privado. Por consiguiente, es de aplicación al acto de autorización del Consejo de Ministros la teoría general de los vicios de nulidad del acto administrativo, que es un supuesto que viene a añadirse desde la normativa jurídico-administrativa, a las causas de nulidad del Derecho mercantil de sociedades. Por lo demás, el propio artículo 84 del Reglamento del Registro Mercantil constituye un importante puntal legal desde el Derecho privado para la aplicación de los efectos invalidantes del acto administrativo a la fase jurídico-privada de constitución efectiva de las sociedades mercantiles públicas al ordenar:

“1. Salvo que otra cosa se disponga en la legislación especial, no podrá practicarse la inscripción en el Registro Mercantil del sujeto que pretenda realizar actividades cuya inclusión en el objeto requiera licencia o autorización si no se acredita su obtención.

2. En la inscripción se consignará la oportuna referencia a las licencias o autorizaciones correspondientes.”

Mas, no sólo la creación, adquisición o pérdida de la posición mayoritaria en una sociedad mercantil pública ha de contar con el acuerdo previo de la Administración pública matriz a través del procedimiento de formación de la voluntad administrativa, sino también otros acuerdos societarios trascendentes en la vida de la compañía mercantil y, por ende, del tráfico jurídico, como por ejemplo, y ya hemos subrayado más arriba,

(14) Puede verse un desarrollo de la aplicación de los vicios de los actos administrativos al acuerdo de autorización de la creación de compañías mercantiles públicas en MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 472-480; y asimismo en “La discrecionalidad de la Administración en la creación y elección de la forma jurídica de las empresas públicas: técnicas de control”, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Jornadas de Estudios del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Consejería de la Presidencia, Civitas, 1996, págs. 518-524.

**LA LEGITIMIDAD DE
LA DECISIÓN DE CREACIÓN
O PARTICIPACIÓN
EN UNA SOCIEDAD
CON PERSONALIDAD
JURÍDICA SUJETA A
DERECHO PRIVADO DEBE
ARTICULARSE A TRAVÉS
DEL PROCEDIMIENTO
JURÍDICO PÚBLICO
DE FORMACIÓN
DE LA VOLUNTAD
ADMINISTRATIVA**

la modificación y/o ampliación del objeto social, así como la facultad de creación o participación en otras sociedades mercantiles. Mas ni el precedente TRLGP de 1988¹⁵ ni el actual artículo 169 LPAP lo prevén. No obstante, baste apuntar aquí, que no son pocos los problemas que pueden suscitarse de la aplicación de las reglas generales de la legitimación para recurrir este acto administrativo de autorización que dificultan en la praxis la impugnabilidad de tales acuerdos y, por ende, la virtualidad del control de la legalidad de la actuación administrativa, lo que podría justificar una reelaboración de la teoría de la legitimación para la impugnación de tales acuerdos.

Con todo la jurisprudencia del TS ha ratificado la naturaleza de acto de administrativo del acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la creación de una sociedad estatal mercantil, al amparo de los artículos 6.1.a) y 6.3 TRLGP de 1988, equivalentes a las sociedades mercantiles estatales del artículo 166.1.c) LPAP. Así la STS de 16 de abril de 2001 (RAJ 4486) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de julio de 1998, por el que se autorizó la creación de una sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.a) del TRLGP y en el artículo 158.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que revistiendo la forma de sociedad anónima se denomina Aguas del Júcar, SA.

El TS ante la causa de inadmisibilidad alegada de falta de legitimación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha declara en el FJ 2º:

“La excepción debe desestimarse, pues el interés legítimo para el ejercicio de esta acción deriva de que una amplia superficie de la cuenca del Júcar, ámbito operativo de la sociedad creada, pertenece al territorio de la Comunidad Castellano-Manchega, que cuenta por ello con tres representantes en la Junta de gobierno de la Confederación Hidrográfica del Júcar y, por tanto, con una participación significativa en el proceso de adopción de decisiones y control de las obras hidráulicas que puedan construirse en dicha cuenca por la indicada sociedad.

Sin duda, de prosperar su pretensión anulatoria, se dejaría sin efecto la creación de la sociedad estatal, con lo que el protagonismo de la Confederación Hidrográfica del Júcar y, por ende, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha —a través de sus representantes en aquéllas—, en las obras que constituyen el objeto social, aumentaría. Es, por tanto, un interés legítimo que consiste en la aspiración de los que actúan en un sector, a que la Administración se comporte en el mismo conforme a Derecho.”

(15) Vid., en este sentido, la STS de 9 de octubre de 2000, Sala de lo Civil (Ar. 9903), en la que la cuestión litigiosa se centra en la impugnación de los acuerdos sociales contra la entidad *European Bulk Handling Installation Ebhi, SA*, sociedad de carácter mercantil y estatal, de economía mixta, en relación con el acuerdo adoptado por la Junta General Extraordinaria en la que se modificó el artículo 2 de los Estatutos Sociales relativo al objeto social, siendo objeto de controversia si la autorización del Consejo de Ministros es exigible también para aprobar o autorizar actividades que se encuentran enmarcadas en el objeto de la sociedad. Para el TS es el apartado 3 del artículo 6 LGP en el que se establece que “la creación de las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás entidades estatales de derecho público, y los actos de adquisición y pérdida de la posición dominante del Estado o de sus organismos autónomos y Entidades de Derecho público en las mismas, se acordarán por el Consejo de Ministros” no lo exige para el cambio o ampliación del objeto social.

El TS en el FJ 3º parte de la consideración de que la creación de una sociedad de este tipo es una decisión de política económica que compete exclusivamente al Consejo de Ministros. Así se infiere de los artículos 6.3 TRLGP y 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Y manifiesta:

“De esta forma, la decisión que se tome depende de su propia iniciativa, y si bien requerirá de un procedimiento de formación de la voluntad, cual ocurre con cualquier acto de un órgano colegiado, ello no implica que deba sujetarse a unos estrictos trámites o que deba darse a éstos el mismo valor que tiene cuando se trata de actos de distinto signo, en los que existe una mayor implicación de intereses o derechos en conflicto.”

Seguidamente, con ocasión de decidir acerca de la falta de motivación y justificación objetiva alegada por la demandante el Alto Tribunal en el FJ 4º declara:

“Ya se expresó anteriormente, y ahora se repite, que el acto se encuadra dentro de la política económica que en materia de aguas corresponde al Gobierno. **Es, por tanto, enteramente discrecional su potestad, y libre la facultad de crear por sí una sociedad** que promoció, contrató, construyó, explotó y gestionó las obras hidráulicas, de entre los varios que le proporciona el Ordenamiento (...)”

Asimismo, la más reciente STS de 17 de febrero de 2004 (RAJ 837) que resuelve el recurso interpuesto por un funcionario de Correos y Telégrafos contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se crea la sociedad estatal Correos y Telégrafos, SA. En el FJ 2º el TS proclama sin ambages:

“a) lo que es objeto de impugnación no constituye una disposición general, **sino un acto administrativo** y, por tanto los defectos formales invocados en la demanda –falta de publicación, omisión de dictamen del Consejo de Estado, y de otros informes– no pueden tener el efecto de invalidar el acuerdo, al tratarse de trámites más propios de la elaboración de normas que de actos”.

Esta última sentencia pone de relieve que para que tenga virtualidad el control de la potestad de iniciativa pública en la economía que se traduce en la autorización del Consejo de Ministros es preciso dotar a dicho acto administrativo de un contenido mínimo obligatorio: amén de la voluntad inequívoca de autorizar la constitución de la sociedad, determinación de las actividades que integran el objeto social, participación accionarial que se reserva la administración directa o indirectamente, limitaciones a libre disponibilidad de las acciones, facultad o no de crear o participar en otras compañías de objeto relacionado, y, finalmente, la exigencia de publicación de dicho acuerdo junto con los estatutos sociales en el BOE. Pues bien, ninguna de estas determinaciones se han regulado en la LPAP que se limita a reproducir el artículo 6.3 TR LGP de 1988.

Asimismo corresponde al Consejo de Ministros autorizar la suscripción de determinados acuerdos tales como pacto de sindicación de acciones que obliguen a ejercer los derechos inherentes a los títulos en las sociedades mercantiles de común acuerdo con otros accionistas [artículo 169.i)]; autorizar los actos de adquisición por compra o enajenación de

acciones por la Administración General del Estado o sus organismos públicos cuando el importe supere lo 10 millones de euros [artículo 169.j)], así como autorizar las operaciones de adquisición o enajenación de acciones que conlleven operaciones de saneamiento con un coste estimado superior a 10 millones de euros [artículo 169.k)].

b) Competencias del Ministro de Hacienda y de la Dirección General del Patrimonio

El Ministro de Hacienda podrá dar instrucciones a quienes ostenten en la Junta General de las sociedades mercantiles la representación de las acciones de titularidad estatal y de sus organismos públicos sobre la aplicación de las reservas disponibles o del resultado del ejercicio de las citadas sociedades cuando de acuerdo con la legislación de SA sea posible dicha aplicación (artículo 170.3), así como dar instrucciones a los representantes del capital estatal en los consejos de administración que considere oportunas para el adecuado ejercicio de los derechos inherentes a la titularidad de tales acciones (artículo 173.2 LPAP).

La tenencia y administración de las acciones y participaciones sociales en las sociedades mercantiles en las que participe la Administración General del Estado, corresponde a la Dirección General de Patrimonio, así como la formalización de los negocios de adquisición y enajenación de las mismas. En cambio, corresponde al Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado, el ejercicio de los derechos que correspondan a la Administración del Estado como partícipe directa de empresas mercantiles (artículo 173.1 LPAP).

c) Adquisición y enajenación de títulos representativos de capital

La adquisición por la Administración General del Estado de títulos representativos del capital de sociedades mercantiles sea por suscripción o por compra, en una sociedad de nueva creación o en una preexistente (artículo 172, primer párrafo, LPAP) es competencia del Ministro de Hacienda, previa autorización del Consejo de Ministros en los casos más arriba señalados, y con informe previo de la Dirección General del Patrimonio. En el caso de los organismos públicos, serán competentes para acordar la adquisición o suscripción de títulos sus directores o presidentes, previa autorización del Consejo de Ministros en los casos del artículo 169.

El acuerdo de adquisición por compra determinará los procedimientos para fijar el importe de adquisición según los métodos de valoración comúnmente aceptados. Cuando los títulos o valores de cuya adquisición se trate coticen en alguno de los mercados secundarios organizados el precio de adquisición será, como regla general, el correspondiente de mercado en el momento y fecha de la operación (artículo 171 LPAP). El órgano competente para acordar la constitución puede autorizar la aportación de bienes o derechos patrimoniales. A tal efecto, es de tener en cuenta el artículo 132 LPAP cuyo apartado 2 dispone que “La aportación de bienes o derechos de la Administración General del Estado a sociedades mercantiles, entes públicos o fundaciones públicas estatales se acordará por

el Ministro de Hacienda, a propuesta de la Dirección General del Patrimonio del Estado previa tasación aprobada del bien o derecho e informe de la Abogacía del Estado y sin perjuicio de lo establecido en la legislación mercantil y en el Título VII de esta Ley”.

Es igualmente competencia del Ministro de Hacienda la enajenación por la Administración General del Estado de títulos representativos del capital de sociedades mercantiles, previa autorización del Consejo de Ministros en los casos del artículo 169, es decir, cuando impliquen la pérdida de la condición de estatales o de la influencia dominante, asimismo cuando el importe supere los 10 millones de euros. Respecto de los títulos que sean propiedad de los organismos públicos serán competentes para acordar su enajenación los directores o presidentes (artículo 174).

Del procedimiento para la enajenación de tales títulos y del extenso artículo 175 sólo quiero destacar, dado lo limitado de estas líneas, que se podrán realizar en los mercados secundarios organizados o fuera de ellos, de conformidad con la legislación vigente y por medio de cualesquiera actos o negocios jurídicos. Cuando coticen en algún mercado secundario organizado la Ley establece como principio general para la determinación del precio de enajenación el correspondiente al valor que establezca el mercado en el momento y fecha de la operación.

Empero, lo que más me importa destacar es que para el caso de que no coticen tales mercados secundarios organizados el artículo 175.5 prevé que el órgano competente para autorizar la enajenación determinará el procedimiento de venta, que, “normalmente se realizará por concurso o subasta”, es decir, se deja a la discrecionalidad del órgano competente decidir en función del mejor servicio al interés general la adjudicación por concurso o subasta, salvo los casos en que la propia Ley admite la adjudicación directa. Asunto este que tantos problemas suscita en la legislación local que manda como procedimiento para venta de tales bienes la subasta.

B) Las disposiciones especiales respecto de las SA de capital exclusivo estatal (artículo 166.2)

La regulación que el Capítulo II, artículos 176 a 182, del Título VII de la Ley prevé para las SA de participación accionarial directa o indirecta exclusiva de la Administración General del

**LA ADQUISICIÓN POR
LA ADMINISTRACIÓN
GENERAL DEL
ESTADO DE TÍTULOS
REPRESENTATIVOS DEL
CAPITAL DE SOCIEDADES
MERCANTILES EN
UNA SOCIEDAD DE
NUEVA CREACIÓN O
PREEXISTENTE ES
COMPETENCIA DEL
MINISTRO DE HACIENDA,
PREVIA AUTORIZACIÓN
DEL CONSEJO DE
MINISTROS**

Estado o de sus organismos públicos se justifica según la Exposición de Motivos en su carácter instrumental. Dicha “confesada” instrumentalidad puede tener consecuencias sustantivas en orden a la responsabilidad a través de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, tema que no se apunta en la LPAP, así como tampoco en la DA Duodécima, apartado 2, de la LOFAGE. Por lo demás, en sentido técnico la instrumentalidad se predica en la LOFAGE únicamente para los organismos públicos en los artículos 1 y 44.1 y no para las sociedades mercantiles estatales de participación mayoritaria (apartado 1 de la Disposición Adicional Duodécima), ni para las de participación accionarial exclusiva (apartado 2 de la misma Disposición Adicional).

a) Designación de un específico Ministerio de tutela o adscripción. Sus facultades

La más aparente que real sustantividad del régimen jurídico propio para esta especie de sociedad estatal pivota y se hace depender de que el Consejo de Ministros al acordar la constitución de una SA de tal clase designe un Ministerio de tutela cuyas competencias guarden relación específica con el objeto social de la compañía. Pues, en ausencia de esta previsión, emerge el régimen común, es decir, corresponderá al Ministro de Hacienda el ejercicio de las facultades de supervisión de la actividad de la SA como ministerio común de tutela de todas las sociedades mercantiles estatales (artículo 176).

De acordar la designación de un Ministro de tutela funcional para la sociedad corresponde a éste el ejercicio del control funcional y de eficacia, entiendo que sin perjuicio del que corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado (artículos 148 y ss. LGP de 2003), siendo responsable de dar cuenta a las Cortes Generales de su actuación. El ministerio de tutela instruirá a la sociedades respecto de las líneas de actuación estratégica, establecerá las prioridades en su ejecución y propondrá su incorporación a los Presupuestos de Explotación y Capital y Programas de Actuación plurianual (artículo 177).

La tutela o control funcional se manifiesta asimismo en las facultades en orden a la designación de los administradores y altos cargos de estas sociedades anónimas. Corresponde al Ministro de tutela la propuesta al Ministro de Hacienda o al organismo público representado en su Junta general, el nombramiento de un número de administradores que represente como máximo, dentro del número de consejeros que determinen los estatutos, la proporción que el Consejo de Ministros establezca al atribuir la tutela de estas sociedades a un departamento específico o su modificación. A estos administradores no les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 124.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, es decir, la prohibición para ser administrador por incompatibilidad, es decir, por tener funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de que se trate (artículo 180 LPAP). A este respecto, hay que estar a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas que parte de la regla general de la dedicación exclusiva. El artículo 8, párrafo segundo, de la Ley 53/1984 por lo que respecta al régimen de incompatibilidad de las actividades públicas dispone para el personal incluido en su ámbito de aplicación la prohibición de pertenecer a más de dos Consejos de Administración u órganos de gobierno

de Entidades o empresas públicas o privadas, salvo que excepcionalmente se autorice para supuestos concretos mediante acuerdo del Gobierno, órgano competente de la Comunidad Autónoma o Pleno de la Corporación Local correspondiente. Sin que las limitaciones relativas a la percepción exclusiva de dietas o indemnizaciones, a la cuantía de las mismas y a la prohibición de pertenecer sin autorización a más de dos Consejos de Administración y órganos de gobierno, puedan producir, por su incumplimiento, la prohibición de contratar de la empresa afectada.

Asimismo corresponde al Ministro de tutela la propuesta del nombramiento del Presidente del Consejo de administración y del Consejero –delegado o puesto equivalente que ejerza el máximo nivel ejecutivo de la sociedad, que se efectuará por el Consejo de administración. Estos puestos tienen la consideración de altos cargos a los efectos de la recientemente aprobada Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que deroga la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. El artículo 9 de la Ley 5/2006 proclama la compatibilidad del ejercicio de las funciones de alto cargo con las siguientes actividades públicas (supuesto ya previsto por la DA Vigésima Cuarta de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social):

“c) El desempeño de la presidencia de las sociedades a que se refiere el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuando la naturaleza de los fines de la sociedad guarde conexión con las competencias legalmente atribuidas al alto cargo, así como la representación de la Administración General del Estado en los órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismo o empresas con capital público o de entidades de derecho público.

No se podrá pertenecer a más de dos consejos de administración de dichos organismos, empresas, sociedades o entidades salvo que lo autorice el Consejo de Ministros. Será preciso también esta autorización para permitir a un alto cargo de los incluidos en este Título ejercer la presidencia de las sociedades a que se refiere el párrafo anterior.”

En estos casos, la Ley establece que no puedan percibir remuneración alguna, con excepción de las indemnizaciones por gastos de viaje, estancias y traslados que les correspondan de acuerdo con la normativa vigente.

Téngase en cuenta la trascendencia de esta lógica compatibilidad declarada *ex lege* por razones de interés general, en orden a no incurrir en el artículo 20.e) TRLCAP, es decir, prohibiciones para contratar con la Administración de tutela por causa de incompatibilidad.

b) Instrucciones y el principio de la irresponsabilidad de los administradores

Para terminar, la singularidad más llamativa del régimen de las SA que estamos analizando, lo constituye la facultad que el artículo 178 atribuye al Ministro de tutela para dar instrucciones a estas empresas mercantiles, en casos excepcionales, y siempre que resulte

de interés público su ejecución. Cuando tales instrucciones impliquen una variación de los Presupuestos de Explotación y Capital de acuerdo con el artículo 68 de la vigente LGP de 2003 el órgano de administración subordinará el inicio de su cumplimiento a la autorización del órgano competente para efectuar la modificación correspondiente.

Merecedora de una crítica unánime es la regla de la irresponsabilidad que consagra el artículo 179 para los administradores que hayan cumplido tales instrucciones impartidas por el Ministro de tutela, si de su cumplimiento se derivaren consecuencias lesivas, excepcionando el régimen común de la responsabilidad de los administradores prevista en la legislación de SA, artículo 133.1 TRLSA. Tal precepto dispone que son responsables frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. A la postre, aunque con carácter excepcional como se desprende del artículo 178.1 LPAP, se consagra la irresponsabilidad “¿impunidad?” frente a la posibilidad de una actuación contraria a la Ley, a los estatutos o a los deberes inherentes al cargo a tenor de la legislación mercantil, que tiene su origen en una instrucción dada por un Ministro y que produce un daño a la sociedad, a los accionistas o a los acreedores. La exención de la responsabilidad por los daños a la sociedad o a los accionistas no puede justificarse por la circunstancia de que por principio el accionista único de estas SA sea directa o indirectamente el Estado, toda vez que la potestad de iniciativa pública en la economía y la gestión empresarial como toda actuación administrativa está subordinada al interés general, a los principios de eficacia y eficiencia y a una asignación equitativa de los recursos públicos (artículo 31 CE)¹⁶. Además de la regulación se traduce que el régimen común de responsabilidad de los administradores de cualquier SA se sustituye por una simple responsabilidad política del Ministro correspondiente, que entiendo incompatible con el principio general de responsabilidad de los poderes públicos que la CE consagra en sus artículos 9.3 y 106.2.

(16) A este respecto recuérdese la STS de 10 de octubre de 1989, Caso Iniciatives (RAJ 7352).

Últimas novedades en la legislación minera

ELISA MOREU CARBONELL

Profesora Titular de Derecho
Administrativo de la Universidad
de Zaragoza

Resumen

ÚLTIMAS NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN MINERA

En este trabajo se exponen las reformas más relevantes que han afectado a la legislación sectorial minera en los últimos cinco años, tanto de ámbito estatal, como autonómico y europeo. Se ha hecho especial hincapié en la incidencia de la nueva Ley de Patrimonio de

las Administraciones Públicas sobre la Ley de Minas. Por otro lado, se presentan las líneas jurisprudenciales más recientes en la materia, en temas como la protección ambiental, las relaciones entre la minería y el urbanismo o las competencias mineras de los Ayuntamientos.

Abstract

LATEST NEWS ON MINING LEGISLATION

In this work are expounded the most outstanding reformatations that have affected to the mining sectorial legislation in the last five years, so much in the state scope, as in the autononomical and in the European one. It has been specially emphasized the incidence of the new Law of Patrimony of the Public

Administrations on the Law of Mines. On the other hand, are expounded the recentest jurisprudential tendencies on the matter, in topics as the environmental protection, the relationships between the mining and the urbanism or the mining competences of the Councils.

Sumario:

I. Incidencia de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas sobre la legislación minera. A) Incidencia sobre las autorizaciones y permisos mineros. B) Incidencia sobre el régimen de las concesiones mineras. C) Incidencia sobre el régimen urbanístico de las explotaciones mineras. **II. La paulatina elaboración de un derecho minero de la Unión Europea. En especial, la Directiva sobre residuos mineros. III. Actividad legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de régimen minero.** A) El Proyecto de Ley de Ordenación de la Minería de Galicia. B) La minería en la legislación autonómica de ordenación del territorio y urbanismo. C) Otras normas autonómicas que afectan al sector minero. a) Decreto valenciano de ordenación ambiental de explotaciones mineras en espacios forestales. b) Planes de fomento económico. **IV. Conflictividad en materia de dominio público minero.** A) Conflictos interpretativos sobre los criterios de clasificación. B) Conflictos urbanísticos. C) Conflictos ambientales. **V. Bibliografía citada.**

I. INCIDENCIA DE LA LEY DEL PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SOBRE LA LEGISLACIÓN MINERA

La doctrina ha destacado que, hasta la promulgación de la vigente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), el dominio público carecía de una regulación general en nuestro sistema. La Ley de Patrimonio del Estado, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, sólo dedicaba el Título VI a regular ciertos aspectos de su régimen jurídico, como la competencia del Ministerio de Economía y Hacienda para afectar bienes al dominio público (artículos 113 a 123), las mutaciones demaniales (artículos 124 y 125) o una mínima referencia a las concesiones y autorizaciones (artículos 126 a 128). La LPAP regula más ampliamente los principios generales del dominio público (artículos 3 a 6); su régimen exorbitante de disponibilidad y protección (artículos 28 a 64); su afectación y desafectación (artículos 65 a 83); su utilización y aprovechamiento (artículos 84 a 104).

Ya he puesto de relieve [MOREU CARBONELL (2005a, 362)] que el carácter homogeneizador de la Ley, en sus disposiciones generales y básicas, es ciertamente reducido, a la vista de su Disposición Final Segunda y de la preeminencia del criterio de la especialidad. Como avanza ya su Exposición de Motivos, la regulación de los bienes y derechos de dominio público está pensada para operar con carácter supletorio respecto de la legislación especial, de modo que “los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen” (artículo 5.4 LPAP). En definitiva, el régimen jurídico de cada sector demanial (aguas, costas, minas,

carreteras, ...) es el fijado en las correspondientes leyes especiales, que prevalecen sobre la regulación pretendidamente básica de la Ley del Patrimonio. En el conflicto entre normativa básica general y normativa básica especial, vence el criterio de la especialidad. La consecuencia de todo ello es una importante autorrestricción del alcance de la nueva Ley en lo que a los bienes demaniales se refiere, de modo que, en palabras de SANTAMARÍA PASTOR (2004, 68), la LPAP se ha limitado a establecer “una finísima capa de normas generales, cuya incidencia real sobre el régimen de cada una de las categorías de bienes va a ser realmente muy escasa” y, ciertamente, es una lástima que no haya llegado más lejos en su “pobreza franciscana”. A pesar de su tono crítico, este mismo autor parece justificar el mantenimiento de la disparidad normativa en la singularidad especialísima del sector minero [SANTAMARÍA PASTOR (2004, 86)], constatación que no comparto.

Teniendo en cuenta los anteriores condicionantes, debemos preguntarnos por la incidencia de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas en la legislación sectorial minera, recogida especialmente en la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas (LMi.) Me centraré en el régimen de explotación de los recursos mineros, porque creo, con FERNÁNDEZ ACEVEDO (2004, 831) que el régimen jurídico demanial bascula en torno al problema de su uso, aprovechamiento o explotación.

Pues bien, el régimen de utilización del dominio público se regula en el Capítulo I del Título IV de la LPAP. La ley establece una regla general al respecto: la necesidad de título habilitante, de manera que “nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos” (artículo 84.1 LPAP).

En cualquier caso, la utilización de los bienes demaniales va a depender del sector demanial de que se trate. La Ley instaura aquí de nuevo la regla de la especialidad, ya que “las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de esta Ley” (artículo 84.3 LPAP). Es decir, la aplicación de las normas básicas o generales de la LPAP prevalece sobre la legislación sectorial cuando ésta sea “insuficiente”. Pero la LPAP no facilita criterios para determinar cuándo estas normas especiales resultan “insuficientes”, elemento que añade cierta confusión en la compleja tarea de concretar la

**LA REGULACIÓN DE
LOS BIENES Y DERECHOS
DE DOMINIO PÚBLICO
ESTÁ PENSADA PARA
OPERAR CON CARÁCTER
SUPLETORIO RESPECTO
DE LA LEGISLACIÓN
ESPECIAL, DE MODO QUE
SE REGIRÁN POR LAS
LEYES Y DISPOSICIONES
ESPECIALES QUE LES
SEAN DE APLICACIÓN**

norma aplicable al caso concreto. Como ha explicado FERNÁNDEZ ACEVEDO (2004, 836), el mantenimiento de este inciso en el artículo 84.3 de la LPAP parece deberse a un olvido del legislador, lo cual pone de manifiesto una deficiente técnica legislativa que resulta perturbadora para el operador jurídico y pone en serio peligro la seguridad jurídica.

En el ámbito de la legislación sectorial minera, con la complejidad añadida de ser norma preconstitucional, creo que algunos preceptos de la LPAP han derogado a los de la Ley de Minas, especialmente lo relativo al plazo de duración de la concesión minera.

A) Incidencia sobre las autorizaciones y permisos mineros

En concreto, las normas sobre *autorizaciones demaniales* de la LPAP modifican parcialmente el régimen de las autorizaciones y permisos mineros, teniendo en cuenta que el régimen jurídico básico de estas autorizaciones se reduce a los artículos 91.4º y 92.1º, 2º y 4º LPAP. Las modificaciones más relevantes de carácter básico afectan, en concreto, al procedimiento de otorgamiento (a), a la posibilidad de transmisión a terceros (b) y a la revocación de las mismas (b). Además, creo que en el sector minero resultaría también aplicable el plazo de duración máxima de las autorizaciones demaniales, que la Ley fija en cuatro años (d).

(a) Según el artículo 92.1 LPAP, de carácter básico, “las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen”. Pues bien, es evidente que en el sector minero encaja fácilmente la excepción al otorgamiento directo de las autorizaciones, es decir, la *nota de la escasez* o limitación de su número. Según destaca PAREJO ALFONSO (2004, 443) “el hecho determinante, cuya concurrencia obliga a proceder conforme al régimen excepcional de otorgamiento, consiste justamente en la limitación (fáctica o legal) del número de autorizaciones susceptibles de ser otorgadas”. Además, la LPAP parece vincular el otorgamiento en régimen de concurrencia con la necesidad de valorar condiciones especiales en los solicitantes, criterio de señalada relevancia en el sector minero, donde deben respetarse condiciones impuestas de tipo técnico, industrial o ambiental.

En conclusión, parece lógico defender que las autorizaciones y permisos mineros deban otorgarse en régimen de concurrencia para su adaptación a la LPAP. Se trata de un sistema básico que, a mi juicio, es preferible al tradicional de la prioridad temporal, aunque el sistema de fuentes de la LPAP haya dado preferencia al criterio sectorial.

(b) Por lo que se refiere al régimen de transmisión de las autorizaciones, la LPAP establece que “no serán transmisibles las autorizaciones para cuyo otorgamiento deban tenerse en cuenta circunstancias personales del autorizado o cuyo número se encuentre limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen admitan su transmisión” (artículo 92.2 LPAP). Evidentemente, la normativa sectorial minera admite y regula la transmisión de derechos mineros (Título IX de la Ley de Minas), por lo que no sería aplicable lo estable-

cido en la LPAP. En este punto, además, la Ley de Minas somete la transmisión de títulos mineros a previa autorización administrativa, que deberá comprobar la solvencia técnica y económica del nuevo adquirente y la viabilidad del programa de financiación.

(c) La revocación unilateral de las autorizaciones demaniales se regula ahora en el artículo 93.4º LPAP, según el cual, “las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general”. Este precepto sí tiene carácter básico y, además, a falta de regulación sectorial resulta plenamente aplicable a las autorizaciones y permisos mineros. Comparto, con PAREJO ALFONSO (2004, 448) la consideración de que tales supuestos suponen la concurrencia de una condición resolutoria inherente al otorgamiento de dichos títulos, más que una verdadera revocación hipotéticamente contraria al artículo 105 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo. Sin embargo, hay que asumir también las cautelas de MESTRE DELGADO (2004, 511), especialmente a la vista del análisis jurisprudencial que no respalda esta consecuencia sin matices.

(d) Según el artículo 92.3º LPAP “las autorizaciones habrán de otorgarse por tiempo determinado. Su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, será de cuatro años”. Dado que este precepto no tiene carácter básico, el plazo máximo de cuatro años que allí se establece sólo se aplica al dominio público estatal. Además, por efecto de la regla de la especialidad (artículo 84.3 LPAP) las leyes sectoriales podrían fijar otros plazos distintos.

No es el caso de la Ley de Minas, que no concreta cuál es el plazo de duración de algunas autorizaciones y permisos mineros. Por esa razón, creo que la legislación sectorial minera debe considerarse “insuficiente” en el sentido de la LPAP, aplicándose así el plazo de cuatro años fijado con carácter general.

– Por lo que se refiere a la autorización para recursos de la sección A), ni la LMi. (artículos 16 a 19) ni su Reglamento de desarrollo (RD 2857/1978, de 25 de agosto, RMi. en adelante) fijan un plazo máximo. Tan sólo el artículo 28.2.d) RMi. establece que la autoridad minera otorgará la autorización haciendo constar el “tiempo de duración de la autorización, que no podrá exceder de aquel que el peticionario tenga acreditado el derecho a la explotación”. Por tanto, creo que resulta plenamente aplicable el plazo máximo de duración de cuatro años para las autorizaciones de la sección A) fijado por el artículo 92.3 LPAP.

El problema surge si profundizamos en la discutida naturaleza jurídica de esta autorización para recursos de la sección A), que un sector doctrinal califica de auténtica concesión. Otro problema añadido es que, normalmente, las Administraciones mineras y los Tribunales vinculan el tiempo de duración de los recursos de la sección A) con la acreditación del derecho al uso o dominio del terreno [véase, a título ilustrativo, la STSJ de Murcia de 22 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 19745)]. Todo ello no hace sino incidir en la necesidad de una Ley Básica del Sector Minero.

– Distinta conclusión hay que alcanzar para los permisos de exploración e investigación de recursos mineros de las secciones C) y D), pues la Ley sectorial sí regula un plazo de duración, de un año para los permisos de exploración (artículo 40.2 LMi.) y de tres años, prorrogables por otros tres, para los permisos de investigación (artículo 45 LMi.) La regla de la especialidad hace inaplicable para estos permisos el plazo de cuatro años fijado en la LPAP.

B) Incidencia sobre el régimen de las concesiones mineras

El régimen jurídico básico de la concesión demanial previsto en la LPAP afecta, muy destacadamente, al procedimiento de otorgamiento (a); al plazo máximo de duración de las concesiones (b); y al rescate como causa de extinción de la concesión (c), todos ellos con incidencia en la concesión minera.

(a) En primer lugar, la Ley consagra el principio básico de que el otorgamiento de las concesiones “se efectuará en régimen de concurrencia” (artículo 93.1 LPAP). Esta norma contrasta con el procedimiento para el otorgamiento de la concesión minera, que se concede normalmente a quien ya es titular de un permiso de investigación, mediante un procedimiento rogado y sin concurrencia competitiva de ningún tipo, de modo directo al solicitante (artículos 67 a 69 LMi.) Ciertamente, la regla de la especialidad consagrada en el artículo 84.3 LPAP nos conduce a defender la preferencia de la legislación sectorial minera. Pero, a mi juicio, el sistema de concurrencia competitiva, no sujeto necesariamente a la regla histórica de la prioridad temporal, es el que mejor puede garantizar la ponderación de las actividades extractivas con los demás bienes jurídicos en presencia. Como he defendido en otro lugar [MOREU CARBONELL (2001, 419)], debería abandonarse la prioridad como criterio general, dando entrada a otros como la mayor cuantía de las inversiones y rapidez de ejecución, mayor capacidad técnica y financiera o la titularidad de permisos limítrofes. Todo ello implica, desde luego, redefinir y restringir el alcance de los derechos preexistentes hoy identificables.

La LPAP permite también acudir al procedimiento negociado (otorgamiento directo) en los supuestos previstos en el artículo 137.4 LPAP, cuando se den circunstancias excepcionales debidamente justificadas. PAREJO ALFONSO (2004, 451) ha destacado las incongruencias de la remisión de una norma básica para integrar su propia regulación, a una norma no básica como es el artículo 137.4 LPAP. De todas formas, recuerdo que la concesión minera constituye un supuesto peculiar de concesión demanial de carácter reglado, pues se concede normalmente a quien ha obtenido previamente un permiso de investigación. Y aunque, por disposición de la propia LPAP, se aplica preferentemente la legislación sectorial minera, parece claro que sólo podría encajar como presupuesto habilitante de otorgamiento directo de la concesión minera el supuesto descrito en la letra c) del artículo 137.4 LPAP (“cuando el inmueble resulte necesario para (...) la realización de un fin de interés general”).

Cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para la adjudicación, una vez otorgada la concesión se deberá proceder a su formalización en documento administrativo, que será título suficiente para inscribir la concesión en el Registro de la Propiedad (artículo 93.2 LPAP).

Otro precepto que resulta plenamente aplicable al sector minero, por insuficiencia de la legislación sectorial, es el que extiende a los concesionarios las mismas prohibiciones para contratar que los contratistas públicos. Según el artículo 94 LPAP, que tiene carácter básico, “en ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Cuando, posteriormente al otorgamiento de la concesión, el titular incurra en alguna de las prohibiciones de contratación se producirá la extinción de la concesión”. Además, como ha destacado PAREJO ALFONSO (2004, 450) se trata de un requisito cuyo cumplimiento ha de mantenerse a lo largo del período de vigencia de la concesión.

En cualquier caso, no deja de resultar sorprendente la afirmación contenida en el artículo 97 LPAP, de aplicación plena, en el sentido de que la concesión demanial otorga a su titular “los derechos y obligaciones del propietario”. Una vez más, comparto la opinión de PAREJO ALFONSO (2004, 478) cuando relativiza esta entusiasta proclamación legal y recuerda que “la concesión, en una perspectiva dinámica o, si se quiere, desde un punto de vista material, es una empresa: un haz de obligaciones (constituir la obra) y derechos (explotación), de la cual los inmuebles (el suelo y el vuelo) son sólo soportes físicos”.

(b) Una de las novedades de la LPAP es haber modificado el plazo máximo de las concesiones mineras, y (aquí sí) con carácter básico, en contraste con el plazo no básico fijado para las autorizaciones demaniales. Según el artículo 93.3 de la LPAP, “las concesiones se otorgarán por tiempo determinado. Su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, no podrá exceder de 75 años, salvo que se establezca otro menor en las normas especiales que sean de aplicación”. La LPAP ha establecido este plazo uniforme para todas las concesiones demaniales, que es de 75 años incluidas las prórrogas. A mi juicio, este plazo vincula a todas las concesiones demaniales de cualquier ámbito especial (aguas, costas, minas, ...), ya que la Ley sólo permite que las normas especiales establezcan un plazo menor, nunca mayor. Por tanto, la regla de la especialidad del artículo 84.3 LPAP no rige para fijar el plazo de duración de las concesiones. Y así, desde la entrada en vigor de la LPAP (4 de febrero de 2004) queda derogado cualquier precepto de una Ley sectorial que determine un plazo mayor, como, por ejemplo, el artículo 62.1 LMi. que permite la prórroga de la concesión

**EL RÉGIMEN JURÍDICO
BÁSICO DE LA CONCESIÓN
DEMANIAL AFECTA
AL PROCEDIMIENTO DE
OTORGAMIENTO, AL PLAZO
MÁXIMO DE DURACIÓN DE
LAS CONCESIONES Y AL
RESCATE COMO CAUSA DE
EXTINCIÓN DE
LA CONCESIÓN**

minera “hasta un máximo de 90 años”. En el mismo sentido se pronuncian FERNÁNDEZ ACEVEDO (2004, 952) y MESTRE DELGADO (2004, 495), para quien “los efectos derogatorios de la nueva Ley sobre el Derecho estatal preexistente son inequívocos”.

Algún sector doctrinal ha discutido esta homogeneización y reducción del plazo de otorgamiento de las concesiones. Así, PAREJO ALFONSO (2004, 455) la considera “una regla con pretensión de imposible efectividad por entrar en contradicción frontal con el sistema de fuentes de la propia LPAP. Pues si, como también para las concesiones precisa el artículo 84.3 LPAP (de carácter básico), éstas se rigen en primer término por la legislación especial, siéndoles de aplicación la LPAP sólo en defecto o insuficiencia de aquélla, resulta impracticable que otra concreta norma del mismo texto legal, aunque sea también básica, pretenda tener posición distinta y preferente en el esquema de fuentes así dispuesto”. Por esa razón, termina negando que el plazo máximo de duración fijado en la LPAP constituya un verdadero límite para la legislación sectorial, “que continúa pudiendo disponer otro plazo distinto, sea mayor o menor”.

No estoy de acuerdo con esta interpretación ni encuentro inconveniente alguno –salvo, quizás, una técnica legislativa algo confusa– para que la LPAP excepcione en determinados aspectos concretos el sistema de fuentes general fijado en sus artículos 5.4 y 84.3, de modo que el plazo máximo de 75 años sería vinculante para las Leyes sectoriales y, por tanto, tendría el efecto de derogar los preceptos correspondientes de las que sean anteriores a la LPAP. Como la Ley de Minas.

En definitiva, cualquier concesión minera que se tramite a partir de la entrada en vigor de la LPAP deberá otorgarse por un plazo máximo de 75 años, incluidas las prórrogas. La reducción temporal no afecta a las concesiones ya otorgadas, dado que la Disposición Transitoria Primera de la LPAP, de carácter básico, determina que “las concesiones demaniales otorgadas con anterioridad a la vigencia de esta ley y cuyo plazo de duración sea superior al establecido en el artículo 93 de la misma, mantendrán su vigencia durante el plazo fijado en su otorgamiento, sin que pueda concederse prórroga del tiempo de duración de la misma”. Aunque sí rige para las solicitudes de concesiones mineras que se encontraran en tramitación en la fecha de entrada en vigor de la Ley, por aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la LPAP.

(c) La Ley ha sistematizado el régimen básico de la extinción de autorizaciones y concesiones demaniales (artículo 100 LPAP), aunque esta cuestión ya se regula en el Título VII: Caducidades de la Ley de Minas. La nueva normativa incluye expresamente el rescate como causa de extinción de la concesión demanial, “previa indemnización” [artículo 100.d) LPAP], lo que permite defender su naturaleza materialmente expropiatoria por la concurrencia de nuevas circunstancias sobrevenidas y razones de utilidad pública [MESTRE DELGADO (2004, 509)].

C) Incidencia sobre el régimen urbanístico de las explotaciones mineras

Una de las novedades más llamativas de la LPAP es haber incluido una regulación básica del régimen urbanístico de los bienes públicos (artículos 189 a 191 LPAP), que

como explica RAZQUIN LIZARRAGA (2004, 852), ha suscitado serias dudas de carácter competencial. Estos preceptos se enmarcan en un Título VIII dedicado a las “relaciones interadministrativas”, que determina como principio general que “las Administraciones públicas ajustarán sus relaciones recíprocas en materia patrimonial al principio de lealtad institucional, observando las obligaciones de información mutua, cooperación, asistencia y respeto a las respectivas competencias, y ponderando en su ejercicio la totalidad de los intereses públicos implicados” (artículo 183 LPAP, de carácter básico). Tales preceptos inciden en uno de los aspectos más conflictivos de las explotaciones mineras: su coordinación con los planes territoriales y urbanísticos y el papel de las Administraciones locales.

De acuerdo con el nuevo artículo 189 LPAP, “la aprobación inicial, la provisional y la definitiva de instrumentos de planeamiento urbanístico que afecten a bienes de titularidad pública deberán notificarse a la Administración titular de los mismos”. Sorprende, desde luego, como afirma OCHOA MONZÓ (2004, 1285) esta triple y exagerada obligación de notificación, que además suscita la duda de si se limita a los planes de urbanismo o se extiende también a instrumentos de ordenación del territorio. Desde luego, si se defiende que el urbanismo es parte integrante de la planificación territorial, la obligación de coordinación debería exigirse también para los instrumentos de planeamiento territorial, pero hay opiniones en sentido contrario [RAZQUIN LIZARRAGA (2004, 862)] que parecen adecuarse mejor a la literalidad de la Ley.

En cualquier caso, es dudoso el alcance que deba darse al artículo 189 LPAP en el sector minero. Porque, a mi juicio, no tiene sentido que las circunstancias del planeamiento urbanístico que afecten a los recursos mineros deban comunicarse exclusivamente “a la Administración titular de los mismos”, pues hoy son las Administraciones autonómicas las competentes en minería y las que conceden o deniegan la mayor parte de los aprovechamientos. Es cierto que, como constata RAZQUIN LIZARRAGA (2004, 866), la notificación a la Administración autonómica “parece carecer de sentido cuando se trate de planeamiento general”, ya que suele intervenir en las primeras fases de aprobación del planeamiento y, además, le corresponde la aprobación final. Sin embargo, la intervención autonómica en el planeamiento urbanístico no garantiza la coordinación con los departamentos responsables de la gestión patrimonial, y en concreto, con los departamentos competentes en materia de minas. De ahí que el precepto sea insuficiente para garantizar una buena coordinación entre Administraciones públicas, una de las grandes lagunas del sector minero en la actualidad, y necesitada de regulación en la futura Ley Básica estatal.

II. LA PAULATINA ELABORACIÓN DE UN DERECHO MINERO DE LA UNIÓN EUROPEA. EN ESPECIAL, LA DIRECTIVA SOBRE RESIDUOS MINEROS

La ordenación del sector minero –como en otros sectores económicos– debe tener muy en cuenta las prescripciones del Derecho comunitario, donde se observa en los últimos años un creciente interés por la regulación de las actividades extractivas. La acción de la Unión Europea en el sector minero se articula a través de diversas medidas que afectan a la protección ambiental, al mercado interior de la energía, a la industria minera del carbón, además de una regulación propia sobre la protección y la seguridad de los trabajadores de las minas. Aquí nos detendremos especialmente en la Directiva sobre Residuos Mineros, de cuyo

estudio me he ocupado con más detalle en otro lugar [MOREU CARBONELL (2004)] y, de la que ahora me limitaré a glosar algunas de sus novedades más relevantes.

En efecto, en junio de 2003, la Comisión europea presentó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la gestión de los residuos de las industrias extractivas [COM (2003) 319 final, de 2 de junio de 2003], cuyo ámbito de aplicación se extiende a los residuos resultantes de la extracción, tratamiento y almacenamiento de recursos minerales y de la explotación de canteras, que habían quedado fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/31/CE, marco de residuos. Dicha propuesta desarrolla las acciones prioritarias reclamadas ya en dos comunicaciones anteriores de la Comisión sobre seguridad minera [COM (2000) 664 final, de 23 de octubre] y desarrollo sostenible de la industria extractiva [COM (2000) 265 final, de 3 de mayo]. En ellas, la Comisión reconocía que el establecimiento de una regulación propia y homogénea para la gestión de los residuos mineros era una actuación prioritaria comunitaria, especialmente tras los accidentes de Aberfan (Gales, 1966), Stava (Italia, 1985), Aznalcóllar (España, 1998), Baia Mare y Baia Borsa (Rumanía, 2000).

La propuesta de Directiva consta de 25 artículos y tres Anexos que comprenden todas las actividades relacionadas con la gestión de los residuos mineros. Según su Exposición de Motivos, el objetivo básico es “establecer los requisitos mínimos para mejorar la gestión de los residuos de las industrias extractivas en lo que se refiere específicamente a los riesgos para la salud y el medio ambiente que pueden surgir durante las fases de tratamiento y eliminación de dichos residuos”, con la intención de contribuir “a la conservación de los recursos reduciendo la presión sobre la explotación de materiales naturales vírgenes”, en particular “fomentando la recuperación”.

El objeto de la propuesta es el establecimiento de “medidas, procedimientos y orientaciones para prevenir o reducir en la medida de lo posible cualesquiera efectos adversos sobre el medio ambiente y cualesquiera riesgos para la salud humana derivados de la gestión de los residuos de las industrias extractivas” (artículo 1). La Directiva se aplica a la gestión de los residuos mineros de cualquier sector de las industrias extractivas, incluyendo una definición general de las mismas que evita el uso de términos como “minas” o “canteras”, y que afecta a “todos los establecimientos y empresas que practican la extracción en superficie o subterránea de recursos minerales, incluida la extracción mediante perforación o el tratamiento del mineral extraído” (artículo 3.5).

La Directiva acuña un concepto amplio de “residuos de extracción”, definidos como “los residuos resultantes de la prospección, de la extracción, del tratamiento y del almacenamiento de recursos minerales, así como de la explotación de canteras” (artículo 2.1). Los residuos mineros pueden generarse, pues, no sólo durante las actividades de extracción, sino también durante la investigación, el tratamiento y el almacenamiento de minerales, sin excluir la explotación de canteras. Coincide así el ámbito de exclusión de la Directiva marco de residuos con el ámbito de aplicación de la Directiva de gestión de residuos mineros. No obstante, los residuos procedentes de la “prospección” de recursos minerales suscitan un grave problema interpretativo, ya que primero se mencionan en la definición

general de “residuos de extracción” (artículo 2.1), pero luego se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva [artículo 2.2.e)]. La Exposición de Motivos lo justifica “habida cuenta de la pequeña cantidad de residuos de que se trata y para evitar cargas innecesarias a la industria extractiva”.

La Directiva recoge el principio general de *gestión segura de los residuos de extracción*, basada en el concepto de las mejores técnicas disponibles (artículo 4). Esta gestión segura de los residuos mineros justifica la imposición a las entidades explotadoras de una serie de obligaciones, que resumidamente son las siguientes:

(a) La elaboración de un *plan de gestión de residuos*, que resulte apropiado para su tratamiento, recuperación y eliminación, de conformidad (artículo 5). Este plan pretende desempeñar una “función central” para la gestión de los residuos, y constituye, a juicio de la Comisión, “un instrumento muy valioso para la entidad explotadora”, que permitirá “reducir al mínimo la producción de residuos y sus efectos nocivos al tiempo que fomentará la recuperación y la reutilización provechosa del material extraído”. Con las debidas adaptaciones, el contenido y los requisitos del plan de gestión de residuos puede armonizarse e incluirse en los planes de labores y de restauración ambiental que regula la legislación española. De hecho, la propuesta contempla que “los planes elaborados en cumplimiento de otras normativas nacionales o comunitarias y que contentan la información especificada en el apartado 3 podrán utilizarse cuando de esta forma se evite la duplicación innecesaria de información y la repetición de trabajo por la entidad explotadora, a condición de que se cumplan todos los requisitos mencionados en los apartados 1 a 4” (artículo 5.3).

(b) Solicitud de una *autorización administrativa* para realizar cualquier actividad de instalación de residuos mineros (artículo 7). El otorgamiento de esta autorización deberá garantizar, en todo caso, la participación e información de los ciudadanos (artículo 8).

Se entiende por instalación de residuos “cualquier zona designada para la acumulación o el depósito de residuos, tanto en estado sólido como líquido o en solución o suspensión, durante un período superior a un año” (artículo 3.13). El plazo de un año es idéntico al que establece la normativa de vertidos para considerar “vertedero” a una acumulación de residuos; pero ya sabemos que la Directiva de vertidos no se aplica para los residuos mineros incluidos en el ámbito de aplicación de la

LA DIRECTIVA RECOGE EL PRINCIPIO GENERAL DE GESTIÓN SEGURA DE LOS RESIDUOS DE EXTRACCIÓN BASADA EN EL CONCEPTO DE LAS MEJORES TÉCNICAS DISPONIBLES Y JUSTIFICA LA IMPOSICIÓN A LAS ENTIDADES EXPLOTADORAS DE UNA SERIE DE OBLIGACIONES

nueva Directiva. En consonancia además con la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 11 de septiembre de 2003, caso *AvestaPolarit*) en la definición de “instalación de residuos” se incluyen las presas, pilas y balsas destinadas al almacenamiento de residuos mineros, pero no los “huecos de excavaciones rellenos con residuos tras la extracción del mineral”, es decir, los residuos que se utilizan durante el proceso industrial minero propiamente dicho (por ejemplo, para el relleno de galerías).

A condición de que se respeten los contenidos de la nueva Directiva, y con la finalidad de evitar la duplicidad de trámites, se permite que “cualquier otra autorización obtenida en cumplimiento de otra normativa nacional o comunitaria podrá combinarse para formar una única autorización” (artículo 7.1). Por tanto, las tradicionales autorizaciones y concesiones mineras reguladas en la legislación minera española podrían considerarse suficientes, siempre que una futura Ley Básica estatal sea capaz de incluir los contenidos y requisitos de la autorización de residuos, entre ellos, la aprobación del plan de gestión de residuos y un documento que demuestre que se ha puesto en práctica la política de prevención de accidentes graves.

(c) Obligación de *construir las instalaciones de residuos conforme a los criterios regulados en la propia Directiva* (artículo 11). A estos efectos, la entidad explotadora deberá demostrar “a entera satisfacción de la autoridad competente” que la instalación de residuos reúne las condiciones necesarias para prevenir la contaminación del suelo y de las aguas, que está adecuadamente construida y que garantiza la rehabilitación del terreno en el momento del cierre de la instalación. Por otro lado, la Directiva incluye medidas específicas de carácter preventivo sobre la contaminación del agua y del suelo, evitando, controlando y tratando la generación de lixiviados debida a los residuos, especialmente en lo que afecta a la gestión del cianuro procedente de la industria minera (artículo 13).

(d) Deber de *elaborar una política de prevención de accidentes graves relacionados con los residuos mineros y de instaurar un sistema de gestión de la seguridad para su aplicación*, que afecta a las explotaciones de alto riesgo (artículo 6). Además, se establece la obligación de que la entidad explotadora nombre un *gestor de seguridad* y elabore un *plan de emergencia interior*, completado con un plan de emergencia exterior que corresponde aprobar a las Administraciones mineras.

(e) Obligación de *cumplir los requisitos para el cierre y el mantenimiento posterior de las instalaciones de residuos* (artículo 12), aspecto este absolutamente olvidado en la normativa sectorial española. La Directiva condiciona el cierre de las instalaciones de residuos mineros a que se cumplan las condiciones de la autorización y a que la Administración conceda la necesaria autorización de cierre, motivando su decisión y previa inspección final in situ. La Directiva, por tanto, no sólo incluye medidas obligatorias para los empresarios mineros, sino también para la Administración, que asume un papel protagonista como elemento preventivo e inspector (véase el alcance de la inspección administrativa regulada en su artículo 16 y la obligación de establecer un adecuado sistema sancionador en el artículo 18). Además, a intervalos de tres años, los Estados miembros deberán remitir a la Comisión un informe sobre la aplicación y ejecución de la Directiva (artículo 17). Por eso, la Exposición de Motivos de la Directiva prevé unos “costes adicionales” para las

Administraciones públicas, relacionados con los costes del personal técnico y administrativo adicional necesario.

(f) Se establece, con carácter general, la responsabilidad de la entidad explotadora por la prevención y reparación de daños ambientales (artículo 14.5), punto en el que debemos remitirnos también a la Directiva sobre responsabilidad por daños ambientales (Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004). Por eso, previamente al inicio de cualquier actividad de vertido de residuos se exigirá la correspondiente garantía, en forma de depósito financiero u otro medio equivalente, como un fondo mutuo empresarial de garantía cuyo importe se ajustará periódicamente a los trabajos de rehabilitación (artículo 14.1). Otro de los aspectos destacables de la nueva Directiva es que atribuye a la entidad explotadora la responsabilidad por el mantenimiento, vigilancia y control en la fase posterior al cierre durante todo el tiempo que exija la Administración competente, en función del peligro potencial que se aprecie (artículo 12.4).

III. ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE RÉGIMEN MINERO

El artículo 149.1.25º de la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las “bases del régimen minero y energético”, asignatura pendiente todavía, aunque en los últimos años han circulado algunos borradores de Ley Básica de Minas que no han llegado a cuajar y que, de momento, tampoco constituyen una prioridad en la vigente legislatura.

La minería es una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, correspondiendo al Estado las bases o normativa básica, y a las Comunidades Autónomas el desarrollo de dichas bases. Con la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Baleares, Madrid y Castilla y León, se produjo una homogeneización de las competencias autonómicas en minería, “en el marco de la legislación básica del Estado”. Las Administraciones autonómicas han asumido la mayor parte de las funciones y servicios que antes correspondían al Ministerio de Industria, siempre que afecten exclusivamente a su ámbito territorial, como las autorizaciones de recursos de la sección A), de aguas minerales y termales y demás recursos de la sección B), el otorgamiento de permisos de exploración, investigación y concesiones de explotación de recursos de la sección C), la aprobación de planes de labores y de restauración, así como la inspección, vigilancia y la potestad sancionadora en materia de minas.

Además, con fundamento en el artículo 148.1.10ª CE, los Estatutos de Autonomía han asumido competencias sobre aguas minerales y termales.

Pero el problema radica en saber exactamente cuál es la normativa básica sobre el régimen minero. Quizás por eso, muy pocas Comunidades Autónomas han desarrollado sus competencias normativas en la materia, y hasta ahora ninguna ha elaborado una legislación propia sobre minas, aunque ha habido intentos fallidos como el Proyecto de Ley de Ordenación de la Minería de Galicia. En los últimos diez años, la mayor parte de normas autonómicas que afectan a la minería se han dictado en desarrollo de la competencia autonómica sobre protec-

ción del medio ambiente (artículo 148.1.9º CE); ordenación del territorio y urbanismo (artículo 148.1.3º CE); montes y aprovechamientos forestales (artículo 148.1.8º CE); y fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, “dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional” (artículo 148.1.17º CE).

Expondré a continuación las novedades legislativas más relevantes, ya que observo en los últimos años un renovado interés por la regulación de las actividades extractivas.

A) El Proyecto de Ley de Ordenación de la Minería de Galicia

En el *Boletín Oficial del Parlamento de Galicia* núm. 659, de 28 octubre 2004, se publicó el Proyecto de Ley de Ordenación de la Minería de Galicia, primer intento de elaboración de una ley autonómica de desarrollo de las bases de régimen minero y energético. El proyecto decayó después de las últimas elecciones gallegas, con el cambio de legislatura, pero su análisis resulta útil para conocer el alcance de las competencias autonómicas en la materia.

En el Proyecto destacaban tres grandes títulos dedicados, respectivamente, a la ordenación de la minería, a la inspección minera y al establecimiento de un sistema sancionador. No obstante, resultaba insuficiente o tímido, como si el legislador autonómico no se hubiera atrevido a desarrollar determinados aspectos del régimen minero.

El título dedicado a la ordenación minera (artículos 4 a 21) regulaba diversos aspectos relativos a la planificación minera, los registros de derechos mineros, el procedimiento de otorgamiento de los derechos mineros y garantías para sus titulares, fomento de la minería, y coordinación administrativa. Entre todas las medidas adoptadas destaca la regulación de un *Plan de la Minería de Galicia*, aprobado por el Parlamento gallego, entre cuyos contenidos obligatorios figuran la armonización de la actividad extractiva con el resto de usos del suelo, en el marco de la ordenación territorial, así como el aprovechamiento sostenible de los recursos compatible con la protección del medio natural [artículo 5.2.c) y d) del Proyecto]. De manera que el Plan viene a solventar una de las lagunas tradicionales de la ordenación del sector, como es la falta de integración de la minería con la ordenación territorial.

Por otro lado, la Ley creaba un *Registro Minero de Galicia* en el que debían inscribirse todos los derechos mineros autorizados y concedidos en el territorio de la Comunidad (artículo 7) y un *Registro de solicitudes de derechos mineros* (artículo 8), aunque la regulación de sus efectos, procedimiento de inscripción y acceso a los datos se dejaban para un desarrollo reglamentario posterior.

Otro de los aspectos más novedosos de la Ley gallega era la regulación de una garantía obligatoria que debían constituir los titulares de cualquier título minero en el momento de su otorgamiento, con el objetivo de responder ante un incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración (artículo 11). Además, se establecía para el titular de una autorización de recursos de la sección A) y para el concesionario minero la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil para hacer frente a los daños que pudieran causar a las personas, animales, bienes o al medio ambiente (artículo 12). Con

esta previsión, la Comunidad Autónoma afrontaba un problema muy habitual que deben solventar las autoridades mineras, como es el incumplimiento de las obligaciones de restauración y reposición de las cosas a su estado inicial una vez abandonada la explotación minera.

Se trata, por otro lado, de una garantía que tendrá que generalizarse para todas las explotaciones mineras, ya que, como hemos visto, la Directiva comunitaria sobre gestión de residuos de las industrias extractivas impone una garantía financiera a los explotadores mineros para hacer frente a las exigencias de la restauración ambiental.

A mi juicio, uno de los aspectos más problemáticos de la Ley gallega era el desarrollo de los efectos que el otorgamiento de un título minero tenía a los efectos de la expropiación forzosa. En efecto, la Ley establecía que el otorgamiento de una autorización de explotación de los recursos de la sección A), de un permiso de exploración o de investigación y de una concesión minera “llevará implícita la declaración de utilidad pública en los términos previstos en la legislación de expropiación forzosa” (artículo 13.1). Además, la aprobación de los planes iniciales y de los planes anuales de labores “llevará implícita la declaración de necesidad de ocupación de los terrenos, siempre que se cumplan las condiciones que exige la legislación sobre expropiación forzosa” (artículo 13.2). Y no sólo eso, sino que la Ley gallega permitía a la empresa interesada solicitar la urgente ocupación de los terrenos necesarios para las actividades extractivas, concediéndole la condición de beneficiario a los efectos de la legislación expropiatoria (artículo 13.3).

Pero esta medida fuerza hasta límites insostenibles lo regulado en el Título X de la Ley de Minas (“Ocupación temporal y expropiación forzosa de terrenos”), teniendo en cuenta que al Estado corresponde la competencia exclusiva en materia de expropiación forzosa. En efecto, la ley gallega generaliza un supuesto de utilidad pública implícita en el simple otorgamiento de los títulos mineros, técnica que implica una cierta “trivialización” de uno de los cimientos de la potestad expropiatoria [BERMEJO VERA (2005, 104)]. Hay que recordar que la Ley de Minas restringe los efectos de la utilidad pública a los solos efectos de la ocupación temporal (artículos 102, 103 y 104.2 LMi.), limitando la posibilidad de expropiación forzosa a las concesiones mineras (artículo 105 LMi.), pero no a títulos generalmente temporales como las autorizaciones o los permisos mineros.

EN EL PROYECTO DE LEY DESTACABAN TRES GRANDES TÍTULOS DEDICADOS A LA ORDENACIÓN DE LA MINERÍA, A LA INSPECCIÓN MINERA Y AL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA SANCIONADOR, RESULTANDO, AÚN ASÍ, UNA REGULACIÓN INSUFICIENTE

B) La minería en la legislación autonómica de ordenación del territorio y urbanismo

Las explotaciones mineras inciden y condicionan la planificación urbanística y también la ordenación territorial. Por eso, algunas leyes autonómicas consideran a las actividades extractivas como objetivo propio de la actuación pública en el territorio. Y así, la Ley aragonesa 7/1998, que aprueba las Directrices Generales de Ordenación del Territorio de Aragón, incluye previsiones sobre el sector energético y minero con la finalidad de “facilitar la implantación y el desenvolvimiento de actividades productivas”. La Ley de Castilla-La Mancha de ordenación del territorio y urbanismo 1/2004 recuerda que son fines propios de la actuación pública territorial “asegurar la explotación y el aprovechamiento racional de las riquezas y recursos naturales y, en particular, de los mineros, extractivos y energéticos, mediante fórmulas compatibles con la preservación y la mejora del medio ambiente”. Y la Ley valenciana de ordenación del territorio 4/2004 establece que “a fin de promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales minerales y energéticos en la Comunidad Valenciana, el Consell de la Generalitat aprobará planes de acción territorial de carácter sectorial, con el objeto de asegurar simultáneamente la eficiencia de las explotaciones y los recursos energéticos, su seguridad, la conservación, recuperación y mejora del medio ambiente afectado por las mismas y del patrimonio cultural, con especial atención al arqueológico y paleontológico, así como el fomento y mejora del medio rural en los municipios en que tales explotaciones y aprovechamientos energéticos tengan una presencia significativa” (artículo 16).

Se trata, claro, de Comunidades Autónomas con cierta tradición minera, que han aprobado planes de acción territorial y planes especiales para las explotaciones extractivas. Por ejemplo, la Comunidad Autónoma Valenciana aprobó un *Plan Director Básico de los Recursos Minerales* (BOE 135, de 6 de junio de 2001), que incluía un conjunto de actuaciones en el sector, entre las que destacaban la armonización de “la actividad extractiva con el resto de las actividades dentro del marco de la Ordenación Territorial, en aras de lograr una utilización racional de los recursos naturales”. Y en la Comunidad andaluza se han fijado las bases para la formulación de un *Plan de Ordenación de los Recursos Minerales de Andalucía* (PORMIAN) que, “en su consideración de Plan con incidencia en la Ordenación del Territorio, se constituirá en el instrumento planificador que orientará estratégicamente las actividades de investigación y explotación de los recursos minerales en el territorio de Andalucía de acuerdo con la planificación económica general y con los intereses sociales y económicos, tanto sectoriales como generales, de forma coordinada y compatible con la planificación existente en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en sus aspectos culturales, territoriales, urbanísticos y medioambientales y en el marco de la normativa europea, nacional y autonómica” (Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 2 de noviembre de 2005).

Sin embargo, la mayor parte de Comunidades Autónomas no disponen de planes territoriales para la industria minera, o los han desarrollado de modo incompleto, quizás por una tradición histórica que excluye a la minería de la planificación territorial y urbanística, restringiéndola al ámbito de la planificación económica o industrial.

Por otro lado, la ubicación lógica de las actividades extractivas se localiza en el suelo no urbanizable, ya que, por definición, éste comprende los terrenos delimitados por el planeamiento que deban salvaguardarse del proceso de desarrollo urbano y vinculados con la utilización racional de los recursos naturales (aunque los artículos 9 y 20 de la Ley del Suelo de 1998 no mencionen expresamente a las actividades extractivas). Algunas normas autonómicas sí contienen una mención expresa de las actividades extractivas como usos propios del suelo no urbanizable [por todas, artículos 4 Ley Foral Navarra 6/1987) y 23.2.b) Ley urbanística de Castilla y León 5/1999]. Ahora bien, dichos usos mineros pueden estar limitados o incluso prohibidos por distintos instrumentos de planeamiento territorial, urbanístico o ambiental. En la práctica, no son infrecuentes los usos mineros desarrollados en contra del planeamiento urbanístico vigente. Además, la legislación urbanística autonómica somete las actividades de extracción minera a licencia urbanística municipal, sin perjuicio de otras autorizaciones que sean procedentes.

C) Otras normas autonómicas que afectan al sector minero

Algunas Comunidades Autónomas han aprobado normas de carácter minero, especialmente en desarrollo de sus competencias ambientales y de fomento económico. Una de las pioneras fue Cataluña, al aprobar la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, de protección de espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas, que suscitó el recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 62/1982. También las Comunidades de Castilla y León (Decreto 119/1985, de 17 de octubre, sobre restauración de espacios naturales afectados por actividades mineras) y Aragón (Decreto 98/1994, de 26 de abril, de restauración de los espacios naturales afectados por actividades extractivas) han seguido la estela catalana aprobando sus propias normas sobre restauración de espacios naturales.

Las Comunidades de Cantabria (Ley 2/1988, de 26 de octubre, de fomento, ordenación y aprovechamiento de los balnearios y de las aguas minero-medicinales y/o termales), Castilla-La Mancha (Ley 8/1990, de 28 de diciembre, de aguas minerales y termales), Extremadura (Ley 6/1994, de 24 de noviembre, de balnearios y de aguas medicinales) y Galicia (Ley 5/1995, de 7 de junio, de regulación de las aguas minerales, termales de manantial y de los establecimientos balnearios) han dictado ya normativa propia sobre aguas minerales y termales, en desarrollo de competencias estatutarias amparadas en el artículo 148.1.10º CE. Es previsible que en los próximos años se incremente la actividad normativa en esta materia, a la vista de la relevancia económica y turística que están adquiriendo los establecimientos balnearios en nuestro país.

Entre la actividad legislativa autonómica me gusta destacar la peculiar Ley gallega 9/1985, de 30 de julio, sobre protección de rocas ornamentales, que regula la posibilidad de establecer denominaciones de origen sobre rocas ornamentales. En efecto, dispone la Ley gallega que “los productos procedentes del granito, de la pizarra o de otras piedras ornamentales que tengan calidades y caracteres diferenciales debido al medio natural y/o a su elaboración, quedan amparados por denominación de origen”.

Los extractores y elaboradores de piedras ornamentales que pretendan el reconocimiento y autorización de una denominación de origen habrán de solicitarlo en la Consellería

de Industria de la Junta de Galicia, que también podrá promover la correspondiente actuación de oficio. El órgano competente en materia de industria, previo informe sobre las calidades y características de los productos, así como de las zonas de extracción o de elaboración, resolverá sobre la constitución de un Consejo Regulador provisional que tendrá el único fin de redactar el proyecto de Reglamento particular de la denominación de origen.

La protección otorgada por una denominación de origen abarca el uso exclusivo a estos fines de los nombres de las comarcas, parroquia y lugares geográficos que integran las respectivas zonas de extracción y elaboración. En las piedras ornamentales protegidas por la denominación de origen podrán utilizarse, además, otros nombres que respondan a las características físicas del material. Sólo podrán extraer materiales destinados a la elaboración de piedras ornamentales, al amparo de la denominación de origen, o elaborar los que tendrán que ser protegidos, o emplear la denominación de que se trate, los titulares de explotaciones que tengan las canteras y las instalaciones inscritas en los registros de cada denominación de origen.

La posibilidad de establecer denominaciones de origen para los productos pétreos fue confirmada por STC 211/1990, de 20 de diciembre, en recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno contra esta Ley gallega. El Tribunal Constitucional reconoce que “la denominación de origen es un atributo que refleja la vinculación existente entre un lugar y un producto, cuya característica de calidad se conectan al medio geográfico en que se producen. Aunque en buena parte de casos la influencia del medio geográfico se hace sentir sobre todo en productos alimenticios y el caso más emblemático es el del vino, se trata de una figura que no puede definirse por la materia a la que se aplica, de modo que tanto la experiencia española como la de otros países conocen denominaciones de origen de productos tradicionales vinculados al lugar geográfico no alimenticios o agrícolas, por ejemplo, cerámica, paños, tapices, bordados, mármoles, etcétera”.

Pero estas normas ya han sido tratadas con detalle en otros trabajos [por todos, MOREU CARBONELL (2001) y (2005b)]. Mi objetivo aquí se limita a glosar la actividad legislativa autonómica en el sector minero, actualizada en los últimos cinco años. En este período destaca el intento de regulación autonómica general plasmado en el Proyecto gallego que he analizado en un epígrafe anterior, pero que se encuentra suspendido por el momento.

a) Decreto valenciano de ordenación ambiental de explotaciones mineras en espacios forestales

Especialmente importante, en mi opinión, por tratarse de una normativa pionera en la materia, es el Decreto valenciano 85/2005, de 22 de abril, de ordenación ambiental de explotaciones mineras en espacios forestales. Esta norma se aplica a las actividades extractivas o de cantera realizadas a cielo abierto en montes o terrenos forestales de la Comunidad Valenciana, con la finalidad de minimizar su impacto ambiental y restaurar el espacio natural afectado por aquéllas.

El Decreto articula un nuevo procedimiento que integra y simplifica la tramitación ambiental del Plan de Restauración mine-ro, mediante la tramitación conjunta del mismo con el Estudio de Impacto Ambiental. Se trata de un esfuerzo destacado por armonizar las competencias de los órganos autonómicos mine-ros con las de los órganos ambientales, no siempre coordi-nadas a pesar de pertenecer a la misma Administración.

El Decreto crea un *Inventario de Autorizaciones y Ocupaciones Mineras*, dependiente de la Consejería ambiental, que deberá reflejar las autorizaciones y ocupaciones mineras otorgadas en los mon-tes o terrenos forestales de la Comunidad valenciana (artículo 4). Pero quizás lo más relevante es la regulación de un de-nominado Plan de Restauración Integral que deberá presen-tar el solicitante de cualquier aprovechamiento de recursos naturales minerales (artículo 7), que corresponde aprobar a la Consejería competente en minería conjuntamente con el proyecto de explotación, pero una vez que exista declaración favorable de impacto ambiental (artículo 9.1). Además, tam-bién con carácter previo, el órgano autonómico forestal deberá emitir un informe preceptivo al Plan Integral “a los efectos de garantizar, con los trabajos de restauración proyectados, una posible gestión forestal ulterior de la superficie afectada” (ar-tículo 9.2). La aprobación del Plan de Restauración Integral contendrá la obligación de constituir una fianza en cuantía su-ficiente para cubrir el importe de los trabajos de restauración (artículo 13).

En cualquier caso, la norma prohíbe que se desarrollen ex-tracciones mineras en montes de utilidad pública cuando “su-pongan una pérdida definitiva de los valores que motivaron la inclusión del monte en el catálogo de utilidad pública” (ar-tículo 14.2) y establece que todo aprovechamiento de recursos mineros en montes de dominio público o de utilidad públi-ca “requerirá de la autorización por el sistema de ocupación temporal” que corresponde a la Consejería ambiental (artículo 14.1).

b) Planes de fomento económico

Por Ley de Castilla y León 9/2005, de 17 junio, se aprobó el Programa de Actuación en las Comarcas Mineras durante el período 2004-2007 con el objetivo de gestionar, no sólo los fondos previs-tos en la propia Ley, sino también aquellos otros programas mineros que “pudieran articularse en el futuro con cargo a fondos comunitarios y a los fondos procedentes de otras

**EL DECRETO 85/2005
SE APLICA A LAS
ACTIVIDADES EXTRACTIVAS
O DE CANTERA
REALIZADAS A CIELO
ABIERTO EN MONTES O
TERRENOS FORESTALES
DE LA COMUNIDAD
VALENCIANA, PARA
MINIMIZAR SU IMPACTO
AMBIENTAL Y RESTAURAR
EL ESPACIO NATURAL
AFECTADO POR AQUÉLLAS**

Administraciones gestionados por la Junta de Castilla y León como consecuencia de convenios suscritos al efecto” (artículo 1).

A estos efectos, la Ley define a los “municipios mineros” como aquellos en los que existan o hayan existido explotaciones mineras o que exista una dependencia de la minería para su economía (artículo 2). El Programa de Actuación contempla distintas actuaciones de fomento para la minería energética (artículo 3), para la minería no energética (artículo 4), ayudas para mejorar la seguridad minera (artículo 5), incentivos para la diversificación económica en las cuencas mineras del carbón (artículo 6) y ayudas para la mejora del hábitat minero (artículo 7). Además, se establecen políticas para la mejora del empleo y la formación profesional (artículo 8), junto con un paquete de actuaciones encaminadas a mejorar las infraestructuras, comunicaciones, promoción turística y otras en las áreas mineras (artículo 9). Una Comisión de Seguimiento velará para que estas medidas de fomento se orienten a los fines previstos en la norma.

También Andalucía aprobó un *Plan de Desarrollo de la Industria Minera para el período 2001-2006* (Decreto 34/2001, de 20 de febrero), y otras Comunidades Autónomas han desarrollado algún tipo de planificación económica minera, como La Rioja, mediante el *Plan Director de las Actividades Mineras de la Comunidad Autónoma de La Rioja* (PLAMINCAR) para impulsar la modernización del sector (documento operativo en www.larioja.org/minas/pdf/plamincar.pdf).

IV. CONFLICTIVIDAD EN MATERIA DE DOMINIO PÚBLICO MINERO

El propósito de este epígrafe final es resumir los aspectos que más conflictividad generan en relación con el dominio público minero. En general, se observa en los últimos cinco años un número creciente de jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de minas, muy especialmente —pero no sólo— en relación con conflictos ambientales y urbanísticos, lo cual indica una mayor intervención de las Administraciones locales y autonómicas.

A) Conflictos interpretativos sobre los criterios de clasificación

Desde que entró en vigor el RD 107/1995, de 27 de enero, que desarrolla los criterios de clasificación en secciones, y desde que la STS de 2 de junio de 1998 (RJ 1998, 5712), resolviera y desestimara los recursos contencioso-administrativos presentados contra dicha norma, no han sido pocos los conflictos que las Administraciones mineras han tenido que solventar en torno a los criterios económicos de clasificación, especialmente por la avalancha de solicitudes de reclasificación y de permisos de investigación para áridos, con el objetivo de asegurar una futura explotación sobre grandes extensiones de terreno. Incluso se llegó a plantear un conflicto sobre el alcance del RD 107/1995 a efectos fiscales, que resolvió la STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2004 (JUR 2004, 218937).

El conflicto principal se resume en dos SSTSJ de Aragón de 19 de abril de 2000 (RJCA 2000, 2461) y 2 de septiembre de 2003 (RJCA 2004, 222), que enfrentaban a los mismos interesados. Una empresa explotadora de áridos había solicitado a la Administración

minera la reclasificación de su cantera como recurso de la sección C), al amparo del RD 107/1995. Pero esta pretensión afectaba a terrenos coincidentes con otra solicitud anterior para aprovechamiento de áridos que había incoado una segunda empresa minera. Pues bien, la Sala confirma que los nuevos criterios económicos de clasificación exigen que la explotación cuya reclasificación se solicita se encuentre ya en explotación y clasificada como de la sección A), y además la solicitud debe ceñirse exclusivamente a los yacimientos de la sección A) autorizados con anterioridad, siempre que los terrenos sean francos y registrables.

Por la misma razón, la STSJ de Cantabria de 24 de mayo de 2002 (JUR 2002, 223163) desestima una solicitud de reclasificación presentada por una empresa minera, recordando la necesidad de que el terreno sobre el que se pretenda obtener la concesión de explotación “sea franco y registrable y la superficie sobre la que se pretende la autorización para la Sección C) no lo es; y que deben darse las circunstancias exigidas legalmente para poder considerarse el recurso incluido en la Sección C) y que el yacimiento esté en explotación” (FJ 2º). En las SSTSJ de Cantabria de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003, 17801); de Castilla-La Mancha de 11 de septiembre de 2003 (RJCA 2004, 240), y de Castilla y León de 13 de octubre de 2003 (RJCA 2004, 258), entre otras, se aprecia la concurrencia de los criterios económicos necesarios para admitir la solicitud de reclasificación de canteras de la sección A) en concesiones de la sección C), con interesantes reflexiones sobre el procedimiento de reclasificación. Y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 40735) confirma una denegación de la solicitud de reclasificación por razones urbanísticas y ambientales (FJ 2º).

La STS de 15 diciembre 2005 (RJ 7748) resuelve una interesante cuestión que el RD 107/1995 no regula, como es la del momento de referencia temporal para apreciar si concurren o no las condiciones objetivamente exigibles para que unos determinados recursos se integren –o sigan integrados– en las secciones A) o C). Pues bien, la Sala considera lógico “que el cumplimiento de dichas condiciones se exija precisamente en el momento en que se pide a la Administración su clasificación (o reclasificación, en este caso) y es igualmente lógico que la apreciación se refiera al año inmediato anterior a la solicitud”. El Tribunal Supremo estima que para fijar el valor anual en venta de los productos y las otras dos condiciones “resulta necesario contar con datos estables sobre la producción, el empleo y el tratamiento y destino del mineral durante un cierto período significativo, que razonablemente coincide con el ejercicio precedente. La evaluación no podrá prescindir del análisis del plan de labores del último año y el control o seguimiento de la extracción durante dicho período permite apreciar debidamente si aquellos datos corresponden, en efecto, a lo que debe reputarse como normal actividad de la explotación” (FJ 3º).

Por su parte, la STSJ de Aragón de 16 de abril de 2003 (JUR 2003, 274089) da la razón a la Administración minera autonómica que había reducido (de 14 a 3) las cuadrículas mineras concedidas a una empresa minera, en un procedimiento de reclasificación de una cantera de grava silíceas a recursos de la sección C). La Sala recuerda que la solicitud de reclasificación debe coincidir con la cantera anterior o, empleando sus propios términos, “se han de tramitar las cuadrículas ‘pisadas’ por la cantera” (FJ 2º).

Efectivamente, el Tribunal Supremo admite la posibilidad de que las empresas mineras soliciten voluntariamente la reclasificación de sus explotaciones de la sección A) en otras de la sección C) (FJ 8º de la STS de 2 de junio de 1998). Pero, fuera de estos supuestos en los que se solicita una reclasificación de explotaciones en activo, los criterios de clasificación se aplican directamente en el momento de la solicitud. Como afirma claramente la STSJ de Aragón de 4 de abril de 2003 (JUR 2003, 273993) “formulada una petición en orden al aprovechamiento de recursos que, donde en un primer momento y sin ninguna duda, tienen por objeto la fabricación de hormigones, atendiendo al criterio de clasificación de la norma, debe considerarse que se trata de recursos directamente incluidos en la Sección C) y darle el tratamiento que legalmente le corresponde, sin ninguna necesidad de pasar primero por la Sección A) para después, en su caso y tras un período de tiempo de explotación del yacimiento, valorar si se trata de recursos de la Sección C)” (FJ 3º). Sobre esta cuestión no tendría que quedar ninguna duda.

Además, la jurisprudencia continúa empeñada en clasificar los recursos minerales con carácter general, sin tener en cuenta que los criterios del RD 107/1995 se aplican a cada explotación concreta y no a los distintos tipos de recursos mineros. Es representativa de esta discutible interpretación la STS de 1 de octubre de 2004 (RJ 6399), cuando concluye que desde la entrada en vigor de la LMi. la pizarra ha pasado a formar parte en España de la sección C) y, por tanto, sujeta a concesión de explotación (FJ 3º).

Por otro lado, con base en el artículo 16 de la LMi. la jurisprudencia sigue condicionando la explotación de los recursos de la sección A) a la propiedad del suelo, como en la STS de 21 de abril de 2003 (RJ 4197), en la que el Tribunal Supremo da la razón al órgano autonómico que había denegado a una empresa la solicitud de suspensión de la actividad de una cantera, precisamente por no acreditar la disponibilidad o la propiedad de los terrenos (FFJJ 3º y 4º). Y en la STS de 19 de octubre de 2005 (RJ 7514) considera que la pérdida de la posesión de los terrenos por extinción de los contratos de arrendamiento es causa de caducidad de la autorización para recursos de la sección A). A estos efectos, las SSTS de 5 de octubre de 2004 (RJ 6546), 3 de noviembre de 2004 (RJ 7788) y 18 de enero de 2005 (RJ 2), así como la STSJ de Andalucía de 12 de mayo de 2003 (JUR 2003, 182157), consideran que la Administración tiene obligación de requerir y comprobar que los solicitantes ostentan la titularidad de los terrenos en los que se encuentra la cantera.

B) Conflictos urbanísticos

Los conflictos surgen cuando la aprobación o revisión del planeamiento urbanístico afecta a una explotación minera preexistente, autorizada por la Administración minera. Por ejemplo, una revisión del plan que altera la clasificación del suelo en el que se desarrolla una actividad minera, pasando de suelo no urbanizable a suelo urbanizable. O se modifica la calificación del suelo no urbanizable como especialmente protegido.

La jurisprudencia más reciente parece dar prioridad a las previsiones del planeamiento urbanístico, especialmente –pero no sólo– cuando las actividades extractivas afectan al suelo no urbanizable protegido. Es muy significativa la STSJ de Madrid de 27 de junio de

2003 (RJCA 2003, 1018), que se pronuncia sobre la revisión de unas Normas Subsidiarias que alteraban la clasificación de unos terrenos a suelo urbanizable para la implantación de un parque temático incompatible con las actividades extractivas anteriores. La Sala considera que “la incidencia del planeamiento en materias correspondientes a los sectores minero y ambiental no constituyen una prohibida invasión competencial, sino que se trata de un caso paradigmático de concurrencia competencial, es decir, de coexistencia o concurrencia de competencias de varias Administraciones que tienen distintos objetos jurídicos y coinciden en el mismo espacio físico” (FJ 2º). A juicio de la Sala, la Ley de Minas “no se erige en límite para la modificación del planeamiento, ni tampoco existe en la legislación urbanística precepto que obligue al planificador a un pronunciamiento expreso sobre las zonas de uso extractivo ni a otorgar derechos de explotación, pues para ello han de seguirse específicamente los trámites marcados por la legislación específica en materia de minas, sin que ésta contenga obligaciones al respecto que se deban contemplar en un instrumento de planeamiento”.

Con rotundidad afirma la STSJ de País Vasco de 30 de abril de 2001 (RJCA 2001, 1422) que “el ordenamiento que debe prevalecer, por razón de su especialidad, es el urbanístico, o si se quiere, el de la ordenación del territorio, concebido con la mayor amplitud, es decir, en cuanto abarca la totalidad del mapa físico (...) Las competencias de las Administraciones en los aspectos sectoriales serán, por el contrario (...) las que se supediten y ejerciten de acuerdo con las previsiones del planeamiento” (FJ 2º).

No obstante, existen pronunciamientos jurisprudenciales que, en función de las circunstancias concretas, han considerado preferente la explotación minera anterior, limitando la capacidad decisoria de los Ayuntamientos sobre la planificación urbanística y los usos del suelo. Por ejemplo, la STSJ de Valencia de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 264) da la razón a una empresa minera que contaba con la oportuna concesión y cuyos Planes de Labores y de Restauración habían sido aprobados por las autoridades mineras, frente a las órdenes de paralización municipales derivadas de una revisión del plan que revisaba la calificación del suelo como no urbanizable protegido. En realidad, no niega la Sala que los municipios puedan ejercer el *ius variandi* en la ordenación urbanística, sino que, cuando está en juego un bien jurídico como la minería, “que afecta a

**JURISPRUDENCIALMENTE
SE ADMITE QUE
LOS AYUNTAMIENTOS
PUEDAN PARALIZAR
UNA ACTIVIDAD MINERA
CLANDESTINA REALIZADA
SIN LICENCIA MUNICIPAL,
ASÍ COMO DENEGAR
LICENCIAS URBANÍSTICAS
A EXPLOTACIONES
QUE CUENTEN CON
LAS OPORTUNAS
AUTORIZACIONES O
CONCESIONES MINERAS**

la economía nacional, y que por lo tanto es igualmente defendible, ha de motivarse razonadamente el cambio propuesto” (FJ 3°).

Admitido que, con carácter general, la potestad de planeamiento urbanístico no está condicionada por la existencia de autorizaciones o concesiones mineras preexistentes, y que la aprobación o revisión de un plan urbanístico puede determinar la imposibilidad de continuar con la explotación minera, queda por determinar el alcance de las exigencias indemnizatorias de los titulares de derechos afectados. Este conflicto se resuelve conforme a los artículos 41 a 44 de la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998, aplicando los criterios del artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, o acudiendo a la situación de fuera de ordenación, que permitiría la continuidad de las explotaciones con ciertas condiciones [STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 1148)].

Si se dan los requisitos legales, los titulares de derechos mineros tienen derecho a ser indemnizados cuando su explotación resulte incompatible con una modificación del plan urbanístico. La STSJ de Madrid de 7 de julio de 2005 (RJCA 2005, 868) concluye que la existencia de derechos mineros no impide la modificación de las Normas Subsidiarias municipales, “al no existir derechos adquiridos que puedan impedir o dificultar la revisión o modificación del planeamiento, lo que en su caso ha de tener el correspondiente tratamiento bien a través de los supuestos indemnizatorios o a través de los instrumentos de gestión que materializan la equidistribución, pero sucede que la potestad de planeamiento no está limitada por la existencia de hipotéticas licencias o autorizaciones, siendo de notar, además, el carácter estatutario del derecho de propiedad, cuyos perfiles vienen definidos, además de por la función social, por el contenido de la legislación urbanística y de los planes” (FJ 2°). La Sala considera, además, que “la situación de concurrencia, en términos estrictamente teóricos, entre minas y urbanismo, en principio apunta a la prevalencia del ordenamiento urbanístico, por razón de su especialidad y carácter omnicompreensivo”, aunque deduce finalmente que la solución ideal sería activar “las relaciones de coordinación interadministrativa, tendentes a garantizar la armonía de decisiones” (FJ 2°).

Ahora bien: como recuerda la STSJ de País Vasco de 30 de abril de 2001 (RJCA 2001, 1422), cualquier pretensión indemnizatoria exigiría que las explotaciones mineras cuenten con los oportunos permisos y concesiones, no sólo los de carácter minero. Por eso, la Sala rechazó la pretensión de indemnización por adaptación al planeamiento municipal a una empresa minera que carecía de licencia municipal, siendo la situación de la cantera “de total abandono” (FJ 3°).

Por lo que se refiere a la disciplina urbanística, las explotaciones mineras, en tanto que actividades molestas y, en su caso, insalubres o peligrosas, están sometidas a licencia de actividad clasificada, como vienen reconociendo los Tribunales [SSTS de 13 de julio de 2001 (RJ 6405) y 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 380)]. Pero las actividades extractivas se encuentran también sujetas a licencia urbanística municipal, “sin perjuicio de las demás intervenciones públicas que procedan”, según recoge la normativa autonómica [véanse los artículos 2.5 de la Ley urbanística balear 10/1990; 97.1.g) de la Ley urba-

nística de Castilla y León 5/1999; 191.3 Ley valenciana del suelo 16/2005] y también la jurisprudencia mayoritaria [por todas, STS de 23 de enero de 2003 (RJ 2003, 802); 31 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5545); 29 de mayo de 2002 (RJ 4721) y 7 de diciembre de 2000 (RJ 10270)].

Si consideramos que la minería es un uso sometido a la disciplina urbanística municipal, ¿podrían los Ayuntamientos denegar a una empresa minera una licencia urbanística tras haber otorgado el órgano minero autonómico la suya correspondiente? ¿Podrán suspender una actividad extractiva realizada sin licencia urbanística? Recordemos que, según el artículo 116 de la Ley de Minas, “ninguna autoridad administrativa distinta del Ministro de Industria podrá suspender trabajos de aprovechamiento de recursos que estuviesen autorizados”. No hace mucho ha tenido repercusión en los medios de comunicación el gravísimo conflicto económico y social, que generó enconadas protestas ciudadanas, surgido en el municipio malagueño de Alhaurín de la Torre, porque el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía había declarado la situación de ilegalidad y cierre de unas canteras que carecían de licencia municipal.

Pues bien: la jurisprudencia ha admitido que los Ayuntamientos puedan paralizar una actividad minera clandestina realizada sin licencia municipal, así como denegar licencias urbanísticas por razones urbanísticas a explotaciones que cuentan con las oportunas autorizaciones o concesiones de carácter minero. Las frecuentes situaciones de tolerancia por parte de las Administraciones municipales, acompañadas incluso por el pago de ciertos impuestos municipales, no enervan el carácter clandestino de una actividad extractiva realizada sin licencia municipal.

En este sentido, la STS de 23 de enero de 2003 (RJ 2003, 802) recuerda que “con independencia de las facultades del Ministro de Industria, sobre la suspensión de trabajos de aprovechamiento de recursos, exploración e investigación, debidamente autorizados, (...) es plenamente exigible la licencia de actividad de los actos de uso del suelo en que consiste la extracción de áridos, y su ausencia determina los efectos previstos en la legislación urbanística sobre suspensión de esas actividades” (FJ 2º). En definitiva, la jurisprudencia mayoritaria considera que cuando se solapan la legislación urbanística y la minera en orden a la obtención de las autorizaciones pertinentes, cada Administración ha de actuar en el ejercicio de sus respectivas competencias conforme a la legislación sectorial de cada una de ellas [entre otras, STS de 7 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10270)].

Llevando esta interpretación a su extremo, nuestros Tribunales han rechazado que las Administraciones mineras autonómicas puedan denegar permisos y concesiones mineras por razones urbanísticas. La STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 139118) considera que “la legislación de minas no faculta a la Administración minera para denegar por motivos urbanísticos la aprobación de un Plan de Labores, sin que un expediente de aprobación de un Plan de Labores sea el instrumento adecuado para valorar el alcance del cambio de planeamiento” (FJ 2º).

Sin embargo, no es un criterio unánime en las Salas de lo contencioso-administrativo, ya que existen numerosos pronunciamientos en sentido contrario. Y así, la STSJ de Cantabria

de 8 de noviembre de 2002 (RJCA 2003, 335) considera que es insostenible que la Administración minera se desentienda de la clasificación del suelo donde van a desarrollarse las actividades extractivas, en este caso suelo no urbanizable de especial protección, por tratarse de una materia propia de la competencia municipal. A juicio de la Sala, “la autoridad minera no invade competencias ajenas cuando se somete a preceptos no estrictamente propios de la legislación minera, pero que contienen reglas y principios en que se manifiesta el interés público, al que la Administración sí debe someterse” (FJ 4º). En conclusión, las Administraciones mineras no pueden desvincularse de la regulación urbanística del suelo, “no sólo por su sujeción al ordenamiento jurídico, considerado como unidad indivisible, sino también por la evidente conexión entre las competencias mineras y las urbanísticas, en el sentido de que el interés público de la minería ha de llevarse a cabo procurando su armonía con el resto de los intereses generales respecto de los cuales es susceptible de entrar en colisión” (FJ 4º).

C) Conflictos ambientales

Desde la perspectiva ambiental, uno de los mayores problemas que se presentan es la falta de coordinación entre los órganos competentes en materia de minería y los órganos ambientales. Con excesiva frecuencia se otorgan los títulos mineros sin haber sopesado adecuadamente la negativa incidencia que la explotación de los recursos tendrá sobre el ambiente, o bien, los planes anuales de labores y los planes de restauración se aprueban sin un riguroso control, casi de forma rutinaria. Ello es debido a que el ordenamiento no establece mecanismos apropiados de coordinación interadministrativa, amén de que la normativa sobre restauración concede la decisión sobre la compatibilidad ambiental al mismo órgano encargado de autorizar la actividad, aunque la normativa autonómica sobre restauración de espacios afectados por actividades extractivas haya potenciado la necesaria participación de los órganos ambientales en la tramitación de los planes de restauración.

En los últimos años, nuestros Tribunales han ido aceptando la posibilidad de que las actividades extractivas se prohíban con carácter general en los espacios protegidos, y obligando, en general, a que las autoridades mineras tengan en cuenta los informes preceptivos del órgano ambiental. Incluso, motivaciones ambientales amparan que la Administración autonómica deniegue la concesión minera a quien ya es titular de un permiso de investigación minera de la sección C). La STSJ de Andalucía de 4 de febrero de 2002 (JUR 2002, 112683) es sumamente clara al respecto, dando la razón a la Administración autonómica que desestimó a una empresa la solicitud de concesión minera derivada de permiso de investigación. A juicio de la Sala, con interesantes pronunciamientos sobre la naturaleza del permiso de investigación, “la autorización del permiso de investigación minera reviste la naturaleza de un acto complejo o múltiple, por cuanto que existe una superposición de competencias compartidas que concurren para que dicha concesión o autorización sea formalmente viable, de tal forma que la autorización de alguna de ella, no legitima por sí sola el permiso, en tanto no se hayan logrado todas las premisas para su validación, por ello, a cada organismo de los intervinientes le corresponde examinar si la actividad solicitada ha cumplido con la normativa propia de cada uno de ellos, en el caso, la minera, urbanística, forestal y medioambiental, siendo necesaria la autorización de cada uno de dichos organismos (...) Tanto la

Ley como el Reglamento, al considerar de dominio público los minerales, no confieren un derecho absoluto de explotación de cada recurso, sino que acude a la técnica de la concesión de autorización administrativa, consiguiéndose su aprovechamiento, si bien sometido a las exigencias de la legislación medioambiental” (FJ 3º).

Además, admiten que la Administración minera autonómica pueda imponer condiciones o límites a la explotación de recursos mineros por impacto visual o del paisaje, como se vislumbra en la STSJ de Murcia de 22 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 19745), que afectaba a la explotación de una cantera de caliza ornamental (FJ 5º).

La STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 432) da la razón a la Administración General del Estado que había dictado orden cautelar de suspensión de los trabajos de explotación minera tras la entrada en vigor de la Ley 6/1992, que había declarado como reserva natural las marismas de Santoña, Victoria y Joyel, y prohibía todo movimiento de tierras de naturaleza extractiva que pudieran modificar la geomorfología del terreno.

Por su parte, la STS de 10 de julio de 2002 (RJ 9958) recuerda que la protección ambiental puede entrar en conflicto con la ordenación urbanística, pero que en tal caso, “los intereses supramunicipales, que se tratan de proteger con la normativa medioambiental justifican sobradamente el ejercicio de las potestades de la Administración autonómica de supervisión y control de los actos de los entes locales que puedan afectar a esos intereses” (FJ 6º). En el supuesto, la Junta de Galicia había aprobado un régimen especial de protección para la isla de Cortegada (Villagarcía de Arosa), que impedía cualquier actividad de movimiento de tierras, medida que entraba en contradicción con el Plan Especial del municipio que declaraba dichos terrenos como suelo urbanizable con destino turístico-residencial. Pero los recursos de la empresa minera afectada fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

Nuestros Tribunales han reconocido que los titulares de derechos mineros tienen derecho a ser indemnizados cuando su explotación resulte incompatible con normas ambientales. La STS de 14 de mayo de 2004 (RJ 4406) conoce de una demanda de responsabilidad patrimonial planteada por una empresa minera que se vio abocada a suspender su actividad en la reserva natural en la que se enclavaba. La Sala niega en este caso que el daño producido reúna el requisito de efectividad exigido por la Ley procedimental, pero la desestimación se produce por las peculiares circunstancias concurrentes en este caso y no cierra la puerta a reclamaciones de responsabilidad por esta causa. Y así, la STSJ de Andalucía de 17 de marzo de 2003 (JUR 2003, 149781), ha reconocido la responsabilidad patrimonial de la Administración minera, pero sólo por el daño emergente y no por lucro cesante. En definitiva, el titular de una actividad minera no puede ser indemnizado por meras expectativas remotas, inseguras, dudosas o contingentes que “sólo obtendría hipotéticamente de llevarse a cabo la explotación minera en el caso de que no hubiese razones que lo impidiesen por la necesidad de proteger el medio físico”.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

– BERMEJO VERA (2005): “La potestad expropiatoria”, ob. col. BERMEJO VERA (dir.) *Derecho administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 6ª ed., págs. 94 a 123.

- CATALÁN SENDER (2001): *Urbanismo y minas. Licencias municipales, planeamiento y tributos locales*, Bayer Hnos., Barcelona.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO (2004): “Utilización de los bienes y derechos públicos: estudio de su régimen jurídico”, ob. col. MESTRE DELGADO, J.F. (dir.): *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor, Barcelona, págs. 815 a 978.
- JUNCEDA MORENO (2001): *Minería, medio ambiente y ordenación del territorio*, Civitas, 2001.
- MESTRE DELGADO (2004): “La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales”, ob. col. C. CHINCHILLA MARÍN (coord.): *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, págs. 491 a 520.
- MOREU CARBONELL (2001): *Minas. Régimen jurídico de las actividades extractivas*, Tirant lo blanch, Valencia.
- (2004): “Régimen jurídico de los residuos mineros”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 6, págs. 43 a 75.
- (2005a): “El Derecho público de los bienes”, ob. col. BERMEJO VERA (dir.): *Derecho administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 6ª ed., págs. 331 a 385.
- (2005b): “El dominio público minero”, ob. col. BERMEJO VERA (dir.): *Derecho administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 6ª ed., págs. 495 a 520.
- OCHOA MONZÓ (2004): “Régimen urbanístico y gestión de los bienes públicos”, ob. col. MESTRE DELGADO, J.F. (dir.): *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor, Barcelona, págs. 1279 a 1301.
- PAREJO ALFONSO (2004): “El régimen de utilización de los bienes y derechos de dominio público. Autorizaciones y concesiones demaniales”, ob. col. C. CHINCHILLA MARÍN (coord.): *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, págs. 433 a 474.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA (2004): “Urbanismo y patrimonio de las Administraciones públicas”, ob. col. C. CHINCHILLA MARÍN (coord.): *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, págs. 851 a 887.
- SANTAMARÍA PASTOR (2004): “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias”, ob. col. C. CHINCHILLA MARÍN (coord.): *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, págs. 43 a 109.

La funcionalidad del patrimonio inmobiliario de la Administración Pública

HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO

Universidad de Córdoba

Resumen

LA FUNCIONALIDAD DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La diversa utilidad que tiene el patrimonio inmobiliario para la Administración debe justificar los fundamentos de sus regímenes jurídicos. Se plantea si la primera gran clasificación de bienes demaniales y patrimoniales se ampara en la funcionalidad del patrimonio,

en esa heterogeneidad de fines y funciones públicas a la que sirven. Y se propone una revisión de la actual pluralidad de regímenes jurídicos y de los principios esenciales que los presiden, en atención a las finalidades públicas a las que están afectos los bienes inmuebles.

Abstract

THE FUNCTIONALITY OF PUBLIC ADMINISTRATION'S REAL ESTATE PATRIMONY

The different utility that has the real estate patrimony for the Administration must justify the basis of its juridical regimes. It is outlined if the first great classification of possessions of public domain and patrimonial is protected by the functionality of the patrimony, in that het-

erogeneity of purposes and public functions to what they serve. And it is proposed a revision of the actual plurality of juridical regimes and of the essential principles that dominate them, in attention to the public finalities to what the real estates are affected.

Sumario:

I. La importancia del patrimonio inmobiliario para la Administración y para el ordenamiento administrativo. A) El nacimiento de los grandes terratenientes públicos: de las “manos muertas” a las “manos llenas”. B) ¿Una menor relevancia después del “big bang” del patrimonio público inmobiliario? **II. La heterogénea funcionalidad del patrimonio inmobiliario como causa de la diversidad de su régimen jurídico.** A) La pluralidad de las finalidades públicas ¿justifica la *summa divisio* establecida o amparada por la Constitución? B) La pluralidad de finalidades públicas ¿justifica el régimen general, los regímenes especiales y los regímenes excepcionales? **III. Los fines públicos determinantes de la pluralidad de regímenes jurídicos del patrimonio inmobiliario.** A) Una aparente excepción: el bien que es patrimonial con independencia del fin público al que esté afecto. De la presunción de patrimonialidad de los bienes adquiridos por ley a la naturaleza jurídica patrimonial *ex lege* de los bienes adquiridos salvo disposición legal en contrario. B) El fin del uso general y del servicio público. C) La diversidad de la vinculación a los otros fines públicos. a) ¿La demanialización del bien por afectación a “fines y funciones de carácter público”? b) La afectación material a un fin público o una función pública determinada. c) La vinculación genérica a los fines públicos y las funciones públicas. **IV. Una primera conclusión provisional: la “vocación” de permanencia y de inalienabilidad del patrimonio inmobiliario de la Administración.**

I. LA IMPORTANCIA DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO PARA LA ADMINISTRACIÓN Y PARA EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO

Las transformaciones acaecidas a finales del siglo XX en el Estado, y también en la sociedad, no parecen haber reducido sustancialmente la importancia histórica que ha tenido la propiedad inmueble para los Poderes públicos, en especial la apreciada en los dos últimos siglos¹.

(1) Es cierto que, según dice J.A. SANTAMARÍA PASTOR, durante la Edad Media y el Estado Absoluto la propiedad pública, particularmente la inmobiliaria, desempeñaba un papel mucho más relevante que en la actualidad, “por cuanto el sostenimiento de los gastos públicos tendía a realizarse prioritariamente con las rentas que dichos bienes (principalmente, bienes inmuebles) producían (régimen de hacienda patrimonial)”. Vid. *Principios de Derecho Administrativo*, II, Iustel, 1ª ed., 2004, pág. 532. Pero ese patrimonio inmobiliario tenía únicamente esa finalidad financiera o “presupuestaria”, una misión esencial para el mantenimiento de las Monarquías medievales y luego las absolutas, mas no contribuía decisivamente a la satisfacción de las necesidades de la colectividad y tampoco se le consideraba un instrumento útil para mejorar el propio funcionamiento de la organización del Estado. Como afirma C. CHINCHILLA MARÍN, ese sentido originario meramente

A) El nacimiento de los grandes terratenientes públicos: de las “manos muertas” a las “manos llenas”

Durante el siglo XIX, el nuevo Estado, que consagra al derecho de propiedad como uno de los derechos “sagrados” del individuo y a la libertad de comercio como uno de los fundamentos del nuevo orden político, económico y social, no pretende realmente la abolición de la propiedad pública inmobiliaria, sino únicamente su reducción y su adaptación en la medida en que lo requiera el desarrollo del liberalismo. La consolidación del Estado liberal decimonónico y, por tanto, de los principios jurídicos que inspiran el tráfico jurídico inmobiliario asentado luego en el Código Civil, no disminuyen tampoco el valor que los bienes inmuebles tienen para la Administración Pública, como se constata, no tanto con la discutible (y difícil a veces) utilidad o funcionalidad de este patrimonio para servir a los intereses públicos, sino sobre todo con su progresiva y creciente ampliación producida incluso durante gran parte del período decimonónico y principalmente durante el siglo XX.

Como nos recuerda SANTAMARÍA PASTOR², incluso la propia desamortización efectuada por los gobiernos liberales durante el reinado de Isabel II³ no supone una notable pérdida del patrimonio inmobiliario del Estado, sino más bien una privación de las propiedades inmuebles de la nobleza y del clero y, en menor medida, del patrimonio de los municipios. Es más, al final de los procesos desamortizadores el patrimonio inmobiliario del Estado se ha incrementado, por no enajenarse numerosos bienes desamortizados adquiridos con el fin principal de incorporarlos al incipiente mercado inmobiliario⁴ y también

**AL FINAL DE
LOS PROCESOS
DESAMORTIZADORES EL
PATRIMONIO DEL ESTADO,
LEJOS DE DISMINUIR,
SE HA INCREMENTADO
POR NO ENAJENARSE
NUMEROSOS BIENES
DESAMORTIZADOS**

financiero del patrimonio inmobiliario, en concreto del llamado *patrimonio privado*, sufre “una radical transformación, que llega hasta nuestros días, fruto de la desamortización, de un lado, y del establecimiento de una Hacienda de tipo tributario, de otro”. Vid. *Bienes patrimoniales del Estado*, Marcial Pons y Garriges & Andersen, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 30.

(2) Vid. *Principios...*, op. cit., II, pág. 533.

(3) A pesar de que la “amortización” es un problema histórico procedente de épocas anteriores y que se denuncia en el reinado de los Austria (tempranamente en 1518 las Cortes castellanas proponen al joven monarca Carlos I la adopción de algunas medidas que frenen la creciente amortización de bienes eclesiásticos) y posteriormente durante los reinados de Carlos III y Carlos IV, la desamortización no puede efectuarse hasta el siglo XIX, limitándose los gobiernos reformistas de los “ilustrados” Campomanes, Floridablanca, Cabarrús y Jovellanos a paralizar los procesos amortizadores, sin pretender la desaparición de la magna masa patrimonial de bienes amortizados en manos de la Iglesia y de la aristocracia sobre todo, según ha destacado recientemente S. MUÑOZ MACHADO. Vid. *Tratado de Derecho Administrativo y Público general*, tomo I, 1ª ed., Thomson-Civitas, 2004, págs. 782-784 y 789-790, especialmente. La desamortización civil y eclesiástica comienza tras la Constitución de 1812, mediante la sucesiva aprobación de numerosas normas (entre otras, el Decreto CCXIV de 4 de enero de 1813, el Decreto XXXVIII de 27 de septiembre de 1820, la Ley de Monacales de 1820 y el Decreto CXXII de 29 de junio de 1822), pero la gran desamortización se efectúa con los gobiernos de Mendizábal y Madoz, iniciándose con la aprobación de varios reglamentos (relevante es el Real Decreto de 19 de febrero de 1836) y continuando con la aprobación de importantes leyes desamortizadoras como la Ley de 2 de septiembre de 1841, la Ley de 1 de mayo de 1855 y la Ley de 11 de julio de 1856, principalmente. Vid., por todos, MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, op. cit., tomo I, págs. 791-795 y 798-807.

(4) Normalmente, el Estado decide conservar la titularidad de determinados bienes inmuebles por su vinculación al desarrollo de la función administrativa o por formar parte del patrimonio artístico o histórico, exceptuándolos la legislación desamortizadora del llamado “estado de venta”. Ya en el mismo inicio del primer período relevante

por destinarse luego gran parte de ese patrimonio, bien al funcionamiento de los crecientes servicios administrativos que requirieren un mayor número de bienes, bien al servicio de otros fines públicos, nacidos o potenciados con el intervencionismo administrativo presente en numerosos sectores económicos y sociales.

Y tampoco posteriormente, cuando otros bienes, no inmobiliarios, adquieren un decisivo valor tanto para las Administraciones Públicas como para la actividad económica del país, queda disminuido decisivamente o menospreciado el patrimonio inmobiliario de las entidades públicas. Ni tras el nacimiento del sector público empresarial, al producirse el espectacular aumento del patrimonio empresarial del Estado en los dos últimos tercios del siglo XX, convirtiéndose así el Estado en el primer empresario del país, ni tras la más reciente privatización o liberalización (más que una “segunda desamortización”) de las empresas públicas producida durante las dos últimas décadas⁵, se ha reducido o se ha infravalorado el patrimonio público inmobiliario al seguir resultando preciso para el propio funcionamiento del Estado y el cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas las Administraciones Públicas.

Así pues, tal vez sea en unos casos por la necesaria protección de ciertos bienes de especial valor o uso para la colectividad (los montes, por ejemplo), en otros por el esencial y específico carácter instrumental y funcional que desempeñan determinados inmuebles para la consecución de ciertos fines públicos (los patrimonios municipales del suelo, las vías férreas o las carreteras), o por requerirse para el normal funcionamiento de los servicios administrativos (los edificios públicos especialmente), lo cierto es que el patrimonio inmobiliario de las Administraciones Públicas ha conservado, o aumentado a veces, la relevancia que ha tenido desde la desamortización decimonónica. En la sociedad decimonónica predominantemente agraria, en la posterior sociedad predominantemente empresarial aunque asistida por el Estado, y en esta aún desconocida “nueva sociedad tecnológica y del conocimiento” que parece implantarse actualmente, las propiedades inmuebles de las entidades públicas tienen una función capital para la consecución de los fines del Estado y también para la satisfacción del mercado al poder contribuir a su mejor funcionamiento.

Es cierto que la valoración y la utilidad de los bienes inmuebles de titularidad pública no ha sido siempre la misma durante los dos siglos precedentes, pero es que ni podía ni debía serlo dada la evolución histórica del Estado y de la sociedad, explicándose así que se hayan producido períodos de ampliación de ese patrimonio y otros de cierta disminución, períodos de mayor utilidad y mejor gestión de esos bienes públicos y otros de escaso aprovechamiento y deficiente administración, períodos de mayor afectación y servicio al cumplimiento de ciertos fines y funciones públicas relevantes y períodos de menor vincu-

desamortizador, el Real Decreto de 19 de febrero de 1836 excluye de la “declaración de venta” a “los edificios que el Gobierno destine para el servicio público, o para conservar monumentos de las artes, o para honrar la memoria de hazañas nacionales”, debiendo este órgano administrativo publicar la lista de los edificios que “con estos objetos” deben quedar excluidos de la venta pública (artículo 2). Y también la principal norma desamortizadora, la Ley de 1 de mayo de 1855, llamada Ley “Madoz”, amplía incluso el listado de bienes inmobiliarios de la Administración excluidos de la enajenación forzosa.

(5) Originada, en parte, por las mismas causas que motivaron la desamortización del patrimonio inmobiliario en poder de las “manos muertas” (reducir el elevado déficit público), y en parte también por otras causas semejantes (impulsar el sector privado empresarial en una economía de mercado y reducir la intervención del Estado).

lación y eficacia para la consecución de esos objetivos. Pero en todo caso, la relevancia ha permanecido, porque el Estado, las Administraciones Públicas, siempre han sido conscientes (o lo han intuido al menos) del valor, no exclusivamente económico, de su patrimonio inmobiliario, de su valor institucional para la satisfacción de los intereses generales.

Por ello, pese a su infrutilización, su deficiente administración (singularmente la incapacidad del ente público titular de conseguir una explotación rentable de estos bienes públicos) y su no siempre justificada ampliación (SANTAMARÍA PASTOR⁶ y DEL SAZ CORDERO⁷), el patrimonio público inmobiliario continúa ocupando un lugar esencial para la consecución de numerosos fines públicos⁸. En particular, su régimen jurídico adquiere aún una mayor relevancia en el inicio de este siglo XXI, por cuanto “el Estado es hoy el mayor terrateniente del país”⁹, al ser el titular, no sólo del suelo destinado a las infraestructuras e instalaciones viarias, ferroviarias, portuarias y aeroportuarias, sino también de un numeroso “parque inmobiliario” (estatal¹⁰, autonómico o local) que, junto a los montes y los patrimonios públicos (no sólo municipales) del suelo, nos manifiesta, según SANTAMARÍA PASTOR, “un panorama de manos muertas que haría temblar a los economistas de la época de la Ilustración”¹¹. Estamos, en realidad, ante los primeros propietarios del territorio del Estado: las Administraciones Públicas.

(6) “... las Administraciones de mayor tamaño se han convertido en organizaciones de una inmensa capacidad depredadora, capaces de absorber ingentes masas patrimoniales del sector privado que, sin embargo, son incapaces de administrar con provecho...”. Vid. “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias”, en la obra colectiva *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 51.

(7) La Administración “fue acumulando inmuebles prescindiendo de su enajenación y descuidando en buena medida su explotación económica”, quedando incluso “inservibles” aquellos inmuebles por no afectarse a un uso o un servicio público concreto ni destinarse tampoco a otros fines de interés público y, además, convertirse en bienes poco propicios para la explotación económica. Por todo ello, como indica Silvia DEL SAZ, a partir de 1970 los entes públicos, especialmente los locales, optaron por “usar” numerosos inmuebles como fuente de ingresos, a veces con la explotación de algunos bienes patrimoniales, otras ofreciéndolos como garantía de la financiación obtenida a las entidades bancarias y otras con su enajenación. No debe extrañar, pues, como señala DEL SAZ, que en la década siguiente, ante la crisis del Estado prestacional y la “política económica de estabilidad y déficit cero” dominante en la generalidad de los países europeos, se impulsara, sobre todo por la Administración estatal, bien la reducción del patrimonio inmobiliario mediante su enajenación, bien la traslación de su administración principalmente a ciertos organismos públicos, instrumentales y especializados, con el fin de obtener mejor rentabilidad o explotación económica de los bienes no afectados o no destinados a determinados fines públicos (Instituto de la Vivienda de las FF. AA., Gerencia de Infraestructura de Defensa,...). Vid. “Régimen jurídico de la ‘Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima’”, en la obra colectiva *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 791 y ss.

(8) Por ello, no sorprende que los “dos puntos de atención preferente” de la reciente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) son, como resalta SANTAMARÍA PASTOR, el patrimonio inmobiliario (especialmente los edificios administrativos) y el empresarial. Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 68 y 83. Sobre el concepto y el régimen de utilización de estos edificios en la LPAP, vid. J.F. MESTRE DELGADO, “La utilización de los edificios administrativos”, en la obra colectiva *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, dirigida por J.F. MESTRE DELGADO, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados-La Ley, Madrid, 2004, págs. 1156 y ss.

(9) Especialmente lo es la Administración del Estado, y sobre todo, uno de sus órganos y uno de sus entes públicos instrumentales (el Ministerio de Defensa y actualmente la entidad pública empresarial denominada “Administrador de Infraestructuras Ferroviarias” (ADIF) conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, y el artículo 30.2 del Estatuto de ADIF aprobado por el Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre), según indica D. BLANQUER CRIADO. Vid. “Los bienes militares”, en la obra colectiva *Derecho de los bienes públicos*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pág. 1120.

(10) La propia Exposición de Motivos de la LPAP así lo destaca al mencionar, entre las causas y los cambios que reclaman esta nueva norma, “la notoria ampliación del parque inmobiliario público, especialmente en lo que se refiere a los edificios destinados a usos administrativos”.

(11) Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 51 y 52. También F. URÍA FERNÁNDEZ manifiesta su preocupación por ese riesgo de “amortización” del patrimonio inmobiliario

B) ¿Una menor relevancia después del “big bang” del patrimonio público inmobiliario?

No hay un único patrimonio público inmobiliario, sino una pluralidad de patrimonios, por cuanto durante el último tercio del siglo XX las propiedades inmuebles de titularidad pública se “reparten” entre distintas entidades administrativas (y no únicamente entre las nuevas Administraciones territoriales que aparecen con el Estado de las Autonomías). Se produce una considerable fragmentación o división mediante, sobre todo, la constitución de numerosos patrimonios públicos separados, cuya gestión o incluso titularidad asumen nuevas entidades públicas de naturaleza instrumental.

En efecto, puede resultar llamativo que, exceptuando el “dominio público natural” y el constituido por la generalidad de las infraestructuras, la mayor parte del patrimonio inmobiliario de la Administración estatal esté formado por los patrimonios propios de sus numerosas entidades instrumentales¹² (entre ellas entidades que actúan normalmente conforme al ordenamiento jurídico-privado), esto es, por verdaderos regímenes especiales de transmisión y utilización de los bienes públicos¹³, que ahora el legislador parece pretender uniformar o reducir¹⁴, pese a que excluye a ciertos patrimonios separados del

público, al afirmar que “las propiedades públicas no pueden convertirse, bajo ningún concepto, en las nuevas “manos muertas” del siglo XXI, máxime cuando nuestra Constitución consagra la función social de la propiedad”. Vid. “La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas como instrumento al servicio de una nueva política patrimonial del Estado”, en la obra colectiva *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 37-41. Más escéptico parece manifestarse SANTAMARÍA cuando critica que en la LPAP no haya una “respuesta a la pregunta fundamental, esto es, si existe o debe existir límite alguno a la acumulación de bienes en manos públicas(...), si las Administraciones pueden acumular indefinida y caprichosamente bienes en su patrimonio, de forma rentable o no, como puede hacer un propietario privado, o si debe existir alguna directriz de movilización de estos activos...” Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 52. En nuestra opinión, si puede apreciarse en la LPAP alguna respuesta a esas cuestiones, no sólo cuando enuncia ciertos principios para la gestión de los bienes públicos (patrimoniales en particular) en el artículo 8 al considerarlos “activos que deben ser administrados de forma integrada con los distintos recursos públicos, de acuerdo con criterios constitucionales de eficiencia y economía” (preámbulo), sino también cuando regula la adquisición, la explotación y la enajenación de esos bienes inmuebles al exigir ciertos requisitos como es, por ejemplo, la justificación de la necesidad o conveniencia de ese negocio jurídico patrimonial, de ese uso o destino previsto, de esa finalidad pública a la que pretende servir o contribuir [artículos 105.1, 116.3.a), 117, 131.1.,...]. Ciertamente, no obstante, que, aparte de tratarse de conceptos jurídicos indeterminados en unos casos, bien en otros de cierta discrecionalidad con todos los riesgos propios que tienen estas atribuciones de potestades administrativas, la efectividad y el propio cumplimiento de esos principios y mandatos legales precisa una importante planificación y coordinación de criterios y directrices de la gestión patrimonial que no están al alcance del legislador.

(12) Vid., por todos, CHINCHILLA MARÍN (*Bienes...*, *op. cit.*, págs. 159-169), J.M. DÍAZ LEMA, “La afirmación legal de patrimonios propios de los Organismos Autónomos (Contribución al estudio de los patrimonios inmobiliarios públicos)”, en la obra colectiva *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel F. Clavero Arévalo*, II, Civitas e Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla, Madrid, 1994, págs. 363 y ss.) y E. ARANA GARCÍA (“Régimen jurídico general del patrimonio de la Administración instrumental”, en la obra colectiva *Derecho de los bienes públicos*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, págs. 1333 y ss.)

(13) Así lo reconoce el mismo legislador en el preámbulo de la LPAP, como no podía ser de otra forma, cuando incluye “la proliferación de regímenes especiales de gestión patrimonial a través de los cuales se canaliza la administración de amplias masas de bienes” entre las causas que demandaban una nueva Ley de Patrimonio del Estado, puesto que el régimen patrimonial general previsto en la anterior Ley de Patrimonio del Estado de 1964 y en la LOFAGE de 1997, al que deben ajustarse los organismos públicos, se encontraba desbordado “por una multiplicidad de disposiciones que han instaurado regímenes peculiares de administración para ciertas masas integradas en el patrimonio del Estado o reglas especiales para los bienes de ciertos organismos”, complicándose, en definitiva, notablemente el régimen jurídico del patrimonio público inmobiliario.

(14) “De igual forma, parece necesario reconducir la fragmentación normativa que aqueja a la legislación aplicable a los patrimonios públicos del sector estatal, especialmente censurable si se considera que tal fragmentación ya fue denunciada por la Ley de Bases del Patrimonio del Estado como el primero de los vicios de nuestro ordenamiento en este ámbito”.

régimen común establecido en la LPAP según disponen expresamente sus Disposiciones Adicionales¹⁵.

No debe extrañar, por tanto, que esa creciente “desconcentración”, primero, y “descentralización” después, de la gestión y la protección de los bienes públicos (e incluso de su misma titularidad) y especialmente del patrimonio inmobiliario de la Administración del Estado (“Patrimonio del Estado” lo sigue denominando el artículo 9 LPAP), reclame, no sólo una coordinación entre los órganos administrativos y los organismos públicos con competencias en patrimonio y, en su caso, los entes con patrimonios propios, sino una cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas, las territoriales entre sí y entre las entidades territoriales y las instrumentales dependientes de otra Administración territorial. No sólo es el genérico principio de eficacia administrativa el que requiere esas relaciones intra e interadministrativas¹⁶, sino singularmente la diversidad de fines públicos a los que sirven o están afectados exclusivamente los bienes inmuebles de las entidades públicas, máxime cuando en numerosos casos el patrimonio inmobiliario contribuye al éxito o fracaso de determinadas actuaciones administrativas sectoriales, como son, por ejemplo, la urbanística, la protección del medio ambiente o el fomento de las viviendas protegidas o subvencionadas¹⁷. Por todo ello, la LPAP prevé instrumentos orgánicos *ad hoc* con esas finalidades¹⁸, bien

**EXCEPTUANDO
EL “DOMINIO PÚBLICO
NATURAL” Y EL DE
INFRAESTRUCTURAS,
LA MAYOR PARTE
DEL PATRIMONIO
INMOBILIARIO DE
LA ADMINISTRACIÓN
ESTÁ FORMADO POR
LOS PATRIMONIOS
DE SUS ENTIDADES
INSTRUMENTALES**

(15) Vid., por todos, M^aJ. ALONSO MÁZ, “Régimen patrimonial de determinados organismos públicos”, en la obra colectiva *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, dirigida por J.F. MESTRE DELGADO, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados-La Ley, Madrid, 2004, págs. 1394 y ss.

(16) URÍA FERNÁNDEZ alude en concreto a la consecución de una óptima utilización y administración de determinados inmuebles (en especial los edificios administrativos) y la contención del gasto corriente y del endeudamiento público. Vid. “La Ley...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 31-38.

(17) Así mismo lo resalta URÍA FERNÁNDEZ. Vid. “La Ley...” *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 38-41.

(18) URÍA postula incluso que esa necesaria o conveniente colaboración y coordinación interadministrativa en la gestión patrimonial conduzca a la creación de un mercado público inmobiliario “en el que oferta y demanda puedan cruzarse y satisfacerse sin necesidad de apelar al mercado privado”. Se trata, añade, “de que ningún bien pueda salir al mercado sin que previamente se haya constatado su innecesariedad para el conjunto de los agentes patrimoniales públicos y de que ninguna autoridad administrativa pueda adquirir nuevos bienes en el mercado sin comprobar la posible disponibilidad de inmuebles adecuados sin uso alternativo en los patrimonios de las distintas personificaciones públicas”. Vid. “La Ley...” *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 34-35.

Sin embargo, aún reconociendo que esos principios de las relaciones interadministrativas, ahora recogidos en la normativa básica sobre patrimonio público (artículos 183 y 184 LPAP) y ya consagrados expresamente en la LRJPAC (artículos 4 y ss.), son esenciales e indispensables para lograr los fines y objetivos en los que se traducen los intereses públicos a los que sirven el patrimonio inmobiliario de las Administraciones, tal vez no sea preciso ni conveniente una especie de un mercado público inmobiliario que parece más bien pretender una “autosuficiencia patrimonial interadministrativa”. Es cierto que la colaboración y cooperación entre entes públicos debe redundar en la gestión del patrimonio inmobiliario y contribuir a la consecución de esas otras políticas públicas sectoriales conectadas con la política patrimonial, y así se valoren otras alternativas a la venta de inmuebles públicos, a la adquisición onerosa de inmuebles por las Administraciones o al arrendamiento de inmuebles no siempre ventajoso para los intereses generales, o al menos se acuda a estos negocios jurídicos patrimoniales cuando sean estrictamente precisos o convenientes y compatibles con esos fines públicos. Pero convertir las cesiones, de uso o de propiedad, las permutas u otros objetos y prestaciones de carácter patrimonial realizables mediante los convenios interadministrativos, sobre todo, en un auténtico “mercado administrativo de inmuebles” parece ser una propuesta, aparte

sea potenciando alguno ya existente (la denominada Comisión de Coordinación Financiera de Actuaciones Inmobiliarias y Patrimoniales regulada en el artículo 10.3), bien sea disponiendo su creación (la “Conferencia Sectorial de Política Patrimonial” prevista en el artículo 184), así como el instrumento negociado más idóneo que es el convenio interadministrativo (artículo 186).

II. LA HETEROGÉNEA FUNCIONALIDAD DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO COMO CAUSA DE LA DIVERSIDAD DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Todos los bienes públicos han de estar al servicio de una finalidad pública, porque si toda la actuación administrativa debe estar necesariamente orientada al servicio de los intereses generales por imperativo constitucional (artículo 103.1 CE), los bienes de la Administración han de ser unos medios puestos al servicio de esos intereses y, además, unos medios útiles y eficaces para la consecución de los fines públicos en cada caso encomendados a las Administraciones. En palabras de SANTAMARÍA, “toda propiedad pública, con abstracción de sus diversificaciones tipológicas, es una propiedad absolutamente vinculada a los fines que la Administración debe cumplir”, y necesariamente vinculada a “fines concretos”, esto es, la Administración ha de ser propietaria “para algún fin público más o menos directo”. Y por ello, como este mismo autor subraya acertadamente, esas finalidades públicas a las que están sometidos los bienes de la Administración van a determinar (o deben ser decisivas al menos) el establecimiento del régimen jurídico más apropiado para garantizar la satisfacción de los respectivos fines, es decir, “el régimen jurídico es puramente instrumental: se diseña por y para cada finalidad a la que cada tipo de bien público se halla vinculado”¹⁹.

Ello explica, pues, que exista una pluralidad de regímenes jurídicos de los inmuebles de la Administración Pública²⁰, en mayor medida incluso que la presente en el patrimonio mobiliario o el empresarial por ejemplo, porque la utilidad y la funcionalidad consiguiente de los bienes inmuebles es mayor y más heterogénea. El patrimonio inmobiliario puede estar formado por bienes de valor natural o medioambiental que requiera un régimen jurídico protector de su integridad y conservación física, así como garantizador de su uso o disfrute por la colectividad; pero también puede ser, sobre todo, un instrumento capital para el funcionamiento normal de la Administración, o un instrumento de ordenación e intervención en ciertas actividades privadas, o principalmente un medio que contribuya a la financiación de la actividad administrativa, etc. La diversidad de todas esas funciones, la compatibilidad incluso entre algunas de ellas, reclama una pluralidad de regímenes

de difícil ejecución y con un cierto riesgo de producir efectos perjudiciales en el mercado inmobiliario para el éxito de esas políticas sectoriales (mayor especulación, sobrevaloración de los inmuebles, menor oferta y demanda y mayor rigidez del mercado, quizás), de dudosa compatibilidad con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la exclusión de bienes del tráfico jurídico privado (en particular la STC 149/1991, de 4 de julio) y también en muchos casos no recomendable para los propios intereses públicos, por cuanto los mismos fines que presiden la gestión del patrimonio público requieren en la mayoría de las ocasiones acudir o intervenir en el mercado inmobiliario, que sólo es uno.

(19) Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 50 y 92. En este sentido también se manifiesta CHINCHILLA cuando critica la demanialización de los bienes públicos por el legislador al margen de criterios objetivos o funcionales. Vid. *Bienes...*, *op. cit.*, págs. 95 y 96.

(20) No obstante, como dice A. MENÉNDEZ REXACH, se aprecia una “peligrosa ambigüedad”. Vid. “Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos”, *Ciudad y Territorio*, núm. 95-96, 1993, MOPT, pág. 219.

jurídico-públicos del patrimonio inmobiliario de las Administraciones. Es más, también se justifican así las distintas categorías o clases de patrimonios inmobiliarios que hay en nuestro ordenamiento administrativo, o al menos así debería ser, porque no siempre esa diversidad de regímenes y esas categorías están suficientemente fundamentadas o no parecen ampararse en las respectivas finalidades públicas encomendadas a la Administración por el ordenamiento jurídico, que refleja la heterogeneidad de la funcionalidad del patrimonio inmobiliario público.

A) La pluralidad de las finalidades públicas ¿justifica la *summa divisio* establecida o amparada por la Constitución?

Aparte de la diversidad de regímenes jurídicos que permite el sistema distributivo de competencias normativas establecido por el texto constitucional, particularmente el relativo a las “bases” estatales y los “desarrollos” autonómicos sobre los bienes públicos al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE²¹, interesa recordar la primaria clasificación de los bienes públicos que prevé nuestra Constitución en su artículo 132 y los principios jurídicos que establece en relación con algunas de las categorías, por cuanto esa distinción encuentra su mayor fundamento y significado precisamente en relación al patrimonio inmobiliario de las Administraciones Públicas, y en mucha menor medida respecto de las otras clases de bienes públicos (muebles, semovientes²², derechos de propiedad incorporal y el patrimonio empresarial).

En la actualidad lo relevante del artículo 132 CE no parece ser tanto la reserva de Ley que impone para la regulación de los bienes públicos²³, sino más bien la “garantía institucional”²⁴ de la clasificación de los bienes públicos que realiza (demaniales, patrimoniales, comunales y el Patrimonio Nacional), especialmente relevante en lo que se refiere a la consagración de la ya entonces controvertida e histórica²⁵ distinción entre el demanio y el dominio privado de la Administración²⁶. Esta garantía constitucional la ha resaltado

(21) Es, además, una diversidad notable la que la actual LPAP ha garantizado expresamente. En efecto, si bien era conveniente, como reconoce el legislador en la Exposición de Motivos de la LPAP, aprobar una legislación básica de bienes públicos, lo cierto es que, atendiendo a lo dispuesto en su Disposición Final Segunda, se ha permitido a las Comunidades Autónomas que dicten una regulación diferente sobre importantes aspectos de un posible y razonable régimen común general del patrimonio público, como, por ejemplo, las propias reglas, directrices o requisitos que justifican la adquisición, explotación y enajenación de los bienes inmuebles.

(22) Aunque la importancia de estos bienes en la actualidad no es comparable con la que han tenido en épocas históricas precedentes, al menos siguen resultando necesarios para el ejercicio de ciertas funciones públicas o ciertos sectores administrativos como son la Defensa Nacional (vid. BLANQUER CRIADO, “Los bienes”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Derecho...*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, págs. 1097 y 1105), la investigación científica y la sanidad.

(23) *Vid.*, por todos, CHINCHILLA MARÍN, *Bienes...*, *op. cit.*, págs. 61-67.

(24) Sobre este concepto, vid. J.M^o. BAÑO LEÓN (“La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional”, *REDC*, núm. 24, 1988, págs. 170 y ss.) y A. GALLEGU ANABITARTE, *Derechos Fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 79 y ss., especialmente).

(25) Como recientemente ha indicado MUÑOZ MACHADO, en nuestro país esta dualidad de propiedades públicas se empieza a consolidar a partir de mediados del siglo XIX, especialmente con la aprobación de las normas reguladoras de las aguas, las obras públicas y los ferrocarriles. *Vid. Tratado...*, *op. cit.*, tomo I, págs. 816 y ss.

(26) Así lo advertía L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en el debate parlamentario sobre el artículo 132.3 CE, como recuerda CHINCHILLA. *Vid. Bienes...*, *op. cit.*, pág. 62. Mas lo cierto es que el constituyente consagra expresamente el dominio público en los términos que seguidamente recordaremos, pese a que ya en 1964 se vaticina por el profesor A. NIETO GARCÍA el fin de la doctrina del demanio (“cuyos días –no es difícil predecirlo, aunque cause a algunos cierto escándalo– están contados”). *Vid. Bienes Comunales*, Edersa, Madrid, 1964, pág. 3.

CHINCHILLA MARÍN²⁷, porque, pese a estar “desdibujada” esa clasificación de los bienes públicos²⁸ y haber sido cuestionada con acierto por la generalidad de la doctrina²⁹, difícilmente puede ser suprimida u olvidada por el legislador como han recordado CARRILLO DONAIRE³⁰ y GONZÁLEZ GARCÍA³¹. Cuestión distinta es que, principalmente por las dificultades para “encontrar un criterio que sea lo suficientemente claro y preciso como para delimitar con rigor la pertenencia a uno u otro grupo” (CHINCHILLA MARÍN³²), sea necesaria la revisión de algunos de los criterios delimitadores de esa clasificación o incluso su misma relativización³³, que es lo que ya se ha efectuado en cierta medida por el Tribunal Constitucional³⁴, la propia legislación de patrimonio³⁵ y más intensa y explícitamente por la doctrina que resalta la existencia de un régimen básico o común de los bienes públicos (PARADA VÁZQUEZ³⁶).

(27) Vid. Bienes..., op. cit., págs. 62 y 67 y ss.

(28) Y lo explica CHINCHILLA en estos términos: “... debido a un proceso de integración de elementos característicos de una categoría sobre la otra, en virtud del cual, de la misma manera que a los bienes privados de las Administraciones le han resultado desde siempre de aplicación ciertos elementos del régimen de los bienes públicos, éstos reclaman en la actualidad la aplicación de técnicas y elementos propios del régimen jurídico de la propiedad privada”. Incluso esta autora afirma que en la propia jurisprudencia, constitucional y ordinaria, se aprecia esa matización de la separación entre esas dos clases de bienes públicos. Vid. Bienes..., op. cit., págs. 53 y ss.

(29) Vid., por todos, SANTAMARÍA PASTOR, “Objeto...”, op. cit., en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 75-82 y 89-94 (también brevemente en *Principios...*, op. cit., II, págs. 522 y 523). No sólo rechaza que todos los bienes públicos se puedan clasificar en bien demaniales o bien patrimoniales (págs. 75-77), que los criterios delimitadores del demanio y del patrimonio privado sean imprecisos e inexactos (págs. 77-82), que los bienes integrantes de cada una de esas dos categorías son diversos y heterogéneos resultando así inútil esa clasificación (pág. 90), sino que los propios principios constitucionales que presiden la distinción no tienen “la consistencia suficiente” (pág. 91). A todo ello nos referiremos más adelante.

(30) Tras referirse a la vis expansiva del régimen jurídico del demanio que alcanza a otros bienes públicos, afirma: “Todo lo anterior no implica, desde luego, que la distinción matriz entre bienes demaniales y patrimoniales haya de arrumbarse por completo: lo impediría, además del aconsejable respeto a la tradicional *summa divisio* entre bienes demaniales y patrimoniales plasmada por el Código Civil, el tenor literal del artículo 132 de la Constitución, como el propio Tribunal Constitucional ha afirmado expresamente”. Vid. “Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde”, en la obra colectiva *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 326.

(31) En particular resalta la garantía del reconocimiento constitucional de la categoría de los bienes patrimoniales, pues “la Constitución ha querido que no todos los bienes públicos sean de dominio público”. Vid. “Los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas”, en la obra colectiva *Derecho de los bienes públicos*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pág. 1275. No obstante, afirma que la distinción entre el dominio privado y gran parte del demanio carece de sentido en la actualidad. Vid. *La titularidad de los bienes de dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 120 y 121.

(32) Vid. “Presentación” en la obra colectiva *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 15 y 16.

(33) Algunos ejemplos de esta relativa separación pueden apreciarse en la evolución de la regulación de ciertos bienes públicos (las minas y los montes), al constatarse la “intercambiabilidad entre las categorías del dominio privado y el dominio público del Estado” como destaca MUÑOZ MACHADO (vid. *Tratado...*, op. cit., tomo I, págs. 819).

(34) Sobre todo en la conocida STC 166/1998, al admitir la existencia de bienes patrimoniales directa o materialmente afectos a una función pública determinada o incluso un servicio público.

(35) No son realmente las leyes autonómicas de patrimonio, pese a lo que se indica en algunas de sus Exposiciones de Motivos (vid. CHINCHILLA MARÍN, Bienes..., op. cit., pág. 45), sino la reciente LPAP cuando dispone una regulación unitaria en los Títulos I, II y V sobre todo y también cuando establece en su artículo 7.2 el sistema de fuentes de los bienes patrimoniales (“El régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen...”).

(36) Este régimen común se ha originado en gran parte por la progresiva aproximación del régimen demanial y el patrimonial, que ha sido particularmente intensa en lo que se refiere a las potestades administrativas exorbitantes atribuidas por el ordenamiento jurídico para la protección de los bienes públicos según recuerda CARRILLO DONAIRE (vid. “Facultades...”, op. cit., en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 324 y ss.). Pero este tronco común del patrimonio público no se limita a las técnicas protectoras, sino que, como tempranamente

Ahora bien, el contenido y el alcance de esa garantía institucional establecida en el artículo 132 no es el mismo para todas las categorías de bienes públicos que consagra el precepto constitucional, porque únicamente preserva los principios esenciales del régimen jurídico del dominio público y de los llamados bienes comunales³⁷, que no son principios propios del régimen de los bienes patrimoniales³⁸ y del Patrimonio Nacional³⁹ a los que les dedica otras reglas no equiparables a los principios “demaniales”⁴⁰. El constituyente impone que las leyes reguladoras de los bienes demaniales y los comunales establezcan un régimen inspirado en los principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad⁴¹

indicara PARADA VÁZQUEZ, comprende otros relevantes aspectos del régimen jurídico como son la adquisición y la transmisión del patrimonio público. Vid. *Derecho Administrativo*, III, Bienes públicos. Derecho Urbanístico, 12ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 14 y 15. Por ello, no debe extrañar que autores tan autorizados como PARADA o SANTAMARÍA cuestionen la tradicional división entre el dominio público y el privado de la Administración incluso como criterio expositivo académico del régimen jurídico del patrimonio público y lo expongan fundamentándose en ese régimen común, y no en la clásica división entre dos regímenes jurídicos. Vid. respectivamente, *Derecho...*, op. cit., III, págs. 14 y ss., y *Principios...*, op. cit., II, págs. 532 y ss.

(37) La Constitución reconoce así esta específica categoría de bienes públicos, que difícilmente puede considerarse una mera modalidad del dominio público como, no obstante, prevé la legislación (artículos 79.3 y 80.1 LRBRL, artículo 12 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes y numerosas normas autonómicas), sostiene parte de la jurisprudencia y la doctrina (vid., por todos, recientemente E. COLOM PIAZUELO, “Los bienes comunales”, en la obra colectiva *Derecho de los bienes públicos*, dirigido por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, págs. 1458-1463) y pudiera deducirse de la equiparación que hace el artículo 132 entre ellos y los demaniales al imponer en ambos la presencia de los principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad (y la desafectación). Parece más bien que el texto constitucional, al mencionarlos expresamente, ampara una categoría especial y autónoma de bienes públicos, con una naturaleza jurídica peculiar (así la califica la STC 4/1981, de 2 de febrero), “un auténtico *quid aliud*, no encajable en ninguna de las fórmulas jurídicas patrimoniales públicas convencionales” (vid. R. BOCANEGRA SIERRA, voz “Bienes Comunales” en la obra colectiva *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo I, dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO, Iustel, Madrid, 2005, págs. 335-337), como se confirma al observar su específico régimen de uso y aprovechamiento (incluso si, previa desafectación, se convierte en un bien “patrimonial”) y su *sui generis* titularidad dominical “pública” que es una titularidad condicionada y no plena del ente local, sino compartida entre éste y los vecinos (una “copropiedad”) y no un bien público *stricto sensu*: es significativa la ausencia de mención alguna en la clasificación de bienes públicos que realiza el artículo 4 LPAP que es norma de aplicación general). Sobre esta clase de bienes, vid., por todos, NIETO GARCÍA (*Bienes...*, op. cit.), E. GARCÍA DE ENTERRÍA (“Las formas comunitarias de la propiedad forestal y su posible proyección futura” *Anuario de Derecho Civil*, 1976, págs. 281 y ss.), A. EMBID IRUJO [*La Defensa de los Comunales (Planteamientos generales a partir de la realidad aragonesa)*, Civitas, Madrid, 1993], E. COLOM PIAZUELO (*Los bienes comunales en la Legislación de Régimen Local*, Tecnos, Madrid, 1994) y más recientemente I. GONZÁLEZ RÍOS (“Bienes Comunales: Naturaleza jurídica y necesidad de una nueva orientación en su régimen de aprovechamiento”, *REALA*, núm. 286-287, 2001, págs. 253 y ss.)

(38) Así lo ha resaltado también, entre otros, M^a. J. GALLARDO CASTILLO. Vid. “El dominio público y privado de las entidades locales: el derecho de propiedad y la utilización de potestades administrativas”, *CEMCI*, 1994, págs. 52 y 53.

(39) La mención expresa al “Patrimonio Nacional” confirma que se trata, si no de una categoría específica de bienes públicos, sí de unos bienes que deben tener un régimen especial diferenciado del régimen general del demanio y del patrimonio privado de la Administración. Su inclusión en el tercer apartado del artículo 132 CE (y no en el primero junto a los bienes demaniales y comunales) y la congruente no atribución constitucional de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, la ausencia de declaración expresa de su naturaleza demanial en la Ley 23/1982, de 16 de junio, que lo regula, a pesar de la consagración legal de un régimen propio del dominio público en su normativa, conduce a no admitir su calificación como bienes demaniales, al menos *stricto sensu*. En este sentido se pronuncia M. BASSOLS COMA [“Instituciones administrativas al servicio de la Corona: dotación, Casa de S.M. el Rey y Patrimonio nacional”, *RAP*, núm. 100-102, vol. II, 1983, págs. 929-931, y “El régimen jurídico del Patrimonio Nacional (Disposición Adicional Cuarta)”, en la obra colectiva *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, dirigida por J.F. MESTRE DELGADO, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados-La Ley, Madrid, 2004, pág. 1385]. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, “Objeto...”, op. cit., en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 76 y 77.

(40) El artículo 132.3 sólo exige que la regulación legal de estos bienes ha de garantizar su “buena” administración, conservación y defensa, pero no impone principio alguno que condicione o limite al legislador para establecer el régimen jurídico que considere más adecuado para ello, como, en cambio, sucede con los bienes demaniales y los comunales. En cambio, distinto criterio parece mantener J. GONZÁLEZ SALINAS, cuando afirma que en ese precepto hay un “signo antidesamortizador”. Vid. voz “Bien patrimonial”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 802.

(41) SANTAMARÍA PASTOR relativiza estos principios “típicos” del régimen del dominio público, no ya como principios uniformes o comunes a todo el demanio (vid., por todos, J.I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992, pág. 83), sino incluso como principios o elementos diferenciadores entre el demanio y el patrimonio privado de la Administración, cuestionando así la utilidad de la principal clasificación de los bienes públicos (demaniales y

y que se admita la denominada desafectación, esto es, la institución jurídica a través de la cual normalmente un bien demanial (o comunal) se convierte en patrimonial⁴². La Constitución sólo ampara, pues, ese “cuatripartito” que ha de existir en el patrimonio público, esas cuatro categorías⁴³ y unos principios capitales que condicionan la regulación de los bienes demaniales y los comunales⁴⁴.

Y por ello, el legislador puede modificar la actual clasificación de los bienes públicos y establecer el régimen jurídico que considere más justificado y acertado para satisfacer los intereses públicos⁴⁵, con las únicas limitaciones mencionadas y otros límites externos que

patrimoniales) al fundamentarse en la existencia o ausencia de esas “notas”, porque “me parece notorio que ninguna de las tres posee la consistencia suficiente como para fundar en ellas la clasificación matriz de los bienes públicos...”. No obstante, lo anterior justifica la escasa idoneidad de esa primaria partición del patrimonio público, pero, como él mismo indica, no conduce a rechazar la presencia y la ausencia de esos principios, en mayor o menor medida, en los bienes públicos al estar amparados por la garantía institucional establecida en el artículo 132 CE. Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 91 y 92. Se puede admitir así una escala de la demanialidad (y de la patrimonialidad) requerida por las distintas afectaciones a fines y funciones públicas y que establezca el legislador, sin que ello suponga infracción alguna de esos principios “inspiradores” constitucionales del demanio que no son, por cierto, una meras “directrices” finalistas del régimen demanial sino que requieren un “contenido material mínimo” (eso sí, justificado en los fines públicos previstos en cada caso) como ya indicó T. FONT I LLOVET (vid. “La ordenación constitucional del dominio público”, en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo V, Civitas, Madrid, 1991, págs. 3923 y 3924).

(42) La vigente legislación estatal (tanto la reguladora del Patrimonio del Estado como la de los bienes de los entes locales) no prevé la desafectación presunta, y así ha sido subrayado por la doctrina [vid., por todos, M. SÁNCHEZ MORÓN (“Los bienes públicos en general”, en la obra colectiva, *Los bienes públicos (Régimen Jurídico)*, dirigida por Miguel SÁNCHEZ MORÓN, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 44). Cf. SAINZ MORENO (“Bienes de las Entidades Locales”, en la obra colectiva *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, 1988, pág.1594) y L. PAREJO ALFONSO (“Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, *RAP*, núm. 100-102, vol. III, 1983, págs. 2420 y 2421). No obstante, en alguna normativa autonómica de bienes locales (el artículo 205 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña) parece contemplarse una especie de desafectación “presunta”, aunque requiriendo un posterior acto administrativo constatando la desafectación presunta producida, según señala M. FRANCH I SAGUER, “Afectación y desafectación de los bienes y derechos públicos”, en la obra colectiva *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 407 y 408).

(43) Así también parece indicarlo CHINCHILLA MARÍN, al afirmar que los bienes comunales y los del Patrimonio Nacional “poseen suficiente entidad como para ser diferenciados claramente de los que integran el denominado Patrimonio del Estado”. *Bienes...*, *op. cit.*, pág. 71.

(44) Como señala SAINZ MORENO, estos “principios generales del Derecho” (más bien nos parece que son algo “menor”, como son los calificados por M. BELADÍEZ ROJO “principios del Derecho positivo”, vid. *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 75 y ss.) deben inspirar la regulación de estos bienes públicos, pero ni se definen en el artículo 132 CE ni se describe su contenido o alcance, por lo que corresponde al legislador concretarlos. Vid. “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública”, *RAP*, núm. 150, 1999, págs. 502-504 especialmente. Se permite así que el legislador establezca una verdadera “escala de la demanialidad”, que incluso se puede apreciar en bienes tan demaniales como son los afectos a la Defensa Nacional como ha subrayado BLANQUER (vid. “Los bienes”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Derecho...*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, págs. 1097 y 1115-1117 especialmente), y de esa forma también una importante relativización de la distinción entre dominio público y privado de la Administración.

(45) SANTAMARÍA PASTOR propugna la sustitución de la clasificación tradicional por otra clasificación más congruente con el actual status quo del patrimonio público. Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 75-82 y 89-94. No es que este autor postule una revisión de la clasificación tradicional, introduciendo subclasificaciones o nuevas categorías adicionales, sino una auténtica clasificación alternativa de los bienes públicos (págs. 92-94), que es muy valiosa y acertada, aunque no consideramos que necesariamente requiera la desaparición de la *summa divisio* entre las dos grandes categorías de bienes (hoy llamados demaniales y patrimoniales). Además, añade que la garantía constitucional no alcanza a la clasificación que dispone el artículo 132 y menos aún a la denominación atribuida a cada clase, sino sólo a la distinción de los regímenes jurídicos que debe existir basada en la presencia o ausencia de los principios establecidos en dicho precepto constitucional (págs. 91 y 92). En el mismo sentido parece pronunciarse CHINCHILLA, cuando, tras explicar el significado de la “garantía institucional” que establece el artículo 132 CE, afirma que “siendo claro que dicho precepto constitucionaliza la categoría de los bienes patrimoniales, no lo es tanto que lo haga necesariamente con el significado que la categoría tiene en el Derecho positivo vigente y en la jurisprudencia y doctrina actuales y que es, precisamente, el que ha puesto en cuestión la validez de la distinción entre

también se disponen en el texto constitucional y que afectan más bien, o sobre todo, a la demanialización por ley y a cierto tipo de dominio público que es el demanio natural⁴⁶. La Constitución permite, pues, una auténtica revisión de la teoría general del patrimonio público⁴⁷, que conduzca, bien a la introducción de otras clases de bienes públicos adicionales a las cuatro constitucionalmente garantizadas, bien a la subclasificación de todas o algunas de esas cuatro categorías (sobre todo en el ámbito de los bienes demaniales y los patrimoniales), que difuminen una pretendida separación radical entre ellas, que es lo que se ha efectuado por la jurisprudencia constitucional y propugnan numerosos autores como iremos viendo, o bien, más particularmente en relación con las verdaderas clases residuales (comunales y Patrimonio Nacional), a la modificación sustancial del régimen jurídico del Patrimonio Nacional acercándolo al régimen del patrimonio privado o, incluso, del régimen jurídico de los bienes comunales diferenciándolo en mayor medida del régimen de los bienes demaniales.

En definitiva, el legislador puede alterar profundamente casi todo el régimen jurídico de los bienes públicos, asumir esa reclamada revisión conceptual del dominio público (y del privado)⁴⁸ y alterar así, mas no eliminar, los principios esenciales que diferencian las dos grandes y relevantes categorías (demaniales y patrimoniales) que se consagran en el artículo 132 CE. Ha de mantenerse, pues, una dualidad, al menos, de regímenes jurídicos fundamentada en esos principios, como postulan SANTAMARÍA PASTOR⁴⁹ y CHINCHILLA MARÍN⁵⁰, pero también un tercer régimen, un régimen peculiar diferenciado aunque inspirado en el régimen demanial (el de los bienes comunales).

las dos categorías clásicas del Dominio público y el Dominio privado de las Administraciones Públicas...". *Vid. Bienes...*, op. cit., págs. 69 y ss..

(46) Principalmente los resaltados en la STC 149/1991. *Vid.*, por todos, SAINZ MORENO ("Artículo 132. Dominio público, bienes comunales, Patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional", en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española de 1978*, Tomo X, Artículos 128 a 142, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, Ed. Revista de Derecho Privado, 2ª ed., 1998, págs. 200 y 201, y "El dominio...", op. cit., *RAJ*, núm. 150, págs. 487 y 488), CHINCHILLA MARÍN (*Bienes...*, op. cit., págs. 72 y 73) y SÁNCHEZ MORÓN ("Los bienes...", op. cit., en la obra colectiva, *Los bienes...*, dirigida por Miguel SÁNCHEZ MORÓN, págs. 32 y 33).

(47) SAINZ MORENO advierte del "riesgo que hay que prevenir para evitar que ese sistema claro, y socialmente eficaz, del dominio público se contamine de teorías que tantísimo daño han hecho al Derecho urbanístico español...". *Vid. "El dominio..."*, op. cit., *RAJ*, núm. 150, págs. 478 y 512-514.

(48) En todo caso, esta revisión no debe conducir a una expansión del dominio público y a un concepto amplio del mismo. Así, al menos lo ha advertido recientemente el Consejo de Estado en su dictamen núm. 805/2003, de 3 de abril de 2003, sobre el anteproyecto de la LPAP y varios autores como son, entre otros, CARRILLO DONAIRE (*vid. "Facultades..."*, op. cit., en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 326) y GONZÁLEZ GARCÍA (*vid. "Los bienes..."*, op. cit., en la obra colectiva *Derecho...*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, pág. 1286, y *La titularidad...*, op. cit., págs. 109 y ss.) Es más, en opinión de CHINCHILLA, esa expansión del demanio no se ajustaría al artículo 132 CE: "La garantía constitucional de los bienes patrimoniales del Estado implicaría pues, en último término, una forma de subrayar el carácter excepcional que debe atribuirse al régimen del Dominio público y, por consiguiente, la necesidad de aplicar la categoría en cuestión exclusivamente a los bienes que, por su destino, requieran ese régimen especial de protección que implica el Dominio público...". *Vid. Bienes...*, op. cit., págs. 71 y 72.

(49) "... El contenido del artículo 132 CE se satisface suficientemente con el reconocimiento legal de unas determinadas masas de bienes públicos cuya regulación debe prever su inalienabilidad (pero también su desafectación, lo cual rebaja la solidez del mandato), su imprescriptibilidad y su inembargabilidad; y paralelamente, de otras también de titularidad pública, pero no cubiertas por este régimen excepcional;...". *Vid. "Objeto..."*, op. cit., en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 91 y 92.

(50) *Vid. Bienes...*, op. cit., págs. 67 y ss.

B) La pluralidad de finalidades públicas ¿justifica el régimen general, los regímenes especiales y los regímenes excepcionales?

La garantía constitucional de esa relativa, aunque presente, clasificación de los bienes públicos no impide que el régimen jurídico del patrimonio inmobiliario de las Administraciones Públicas sea aun más diverso y complejo que el que resulta de esa división. Es más, como ya se ha indicado, el propio artículo 132 consagra un régimen especial para los bienes integrantes del Patrimonio Nacional. Y, como es sabido, la regulación del patrimonio público inmobiliario nos ofrece una notable diversidad de regímenes jurídicos, justificada unas veces en los distintos fines⁵¹ que se pretenden satisfacer o conseguir y otras en las diferentes utilidades o destinos que se consideran más apropiadas para alcanzar esas finalidades públicas.

Es esta pluralidad de misiones y funciones públicas, junto al reconocimiento implícito en el ordenamiento administrativo de una escala de la demanialidad⁵², lo que dificulta, no ya un concepto homogéneo del dominio público como ha sido denunciado ampliamente por la doctrina⁵³, sino también una concepción uniforme del dominio privado de la Administración. Ese universo de intereses públicos, no sólo ha contribuido a la relativización de esa gran clasificación y a la aproximación entre las dos categorías históricas del patrimonio público, sino, además, a una mayor relativización de la uniformidad del régimen jurídico propio de cada una de esas dos categorías. Las especialidades, las reglas singulares, se han multiplicado dentro de los bienes demaniales, por un lado, y de los bienes patrimoniales por otro, creando en ocasiones importantes diferencias y en otras verdaderos regímenes específicos de ciertos bienes demaniales o patrimoniales en relación al régimen común o general del demanio o del patrimonio privado de la Administración⁵⁴.

No debe extrañar, por tanto, o quizás sí, que la reciente LPAP respete una pluralidad de regímenes especiales, tanto los relativos a los bienes demaniales como los que se refieren a los patrimoniales, disponiendo, no obstante, un distinto valor del ordenamiento común que contiene según estemos ante bienes demaniales o patrimoniales. Como señala SANTAMARÍA

(51) Incluso esta diversidad de finalidades fundamenta para algún autor, no ya la existencia de regímenes especiales, sino una clasificación alternativa a la *summa divisio* entre el dominio público y el privado de la Administración. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, "Objeto...", *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 92-94.

(52) En particular, considera CARRILLO DONAIRE reflejada la teoría de la "escala de la demanialidad" en la STC 166/1998, de 15 de julio, y en el artículo 30.3 LPAP. Vid. "Facultades...", *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 324 y ss.

(53) Recientemente lo ha recordado SANTAMARÍA PASTOR, al afirmar que "la dualidad demanio-patrimonio es inútil", pues "la utilidad intrínseca de las categorías dogmáticas está lógicamente condicionada a la homogeneidad de los objetos que hayan de incluirse en las mismas, circunstancia que no concurre en modo alguno en las de demanio y patrimonio, bajo cada una de las cuales se agrupan masa de bienes absolutamente diversos, tanto en su respectivo régimen jurídico como en los fines a que sirven...". Vid. "Objeto...", *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 90. Más extensamente lo resalta GONZÁLEZ GARCÍA, cuando se manifiesta especialmente crítico con un concepto uniforme o unitario del dominio público que comprenda todo el demanio natural y el artificial, calificando incluso de "ficticia" y de *contra natura* a esa unidad mayoritariamente aceptada por la doctrina española. Vid. "La titularidad...", *op. cit.*, págs 71-84, y "Notas sobre el régimen general del dominio público", en la obra colectiva *Derecho de los bienes públicos*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pág. 66.

(54) Todo ello hace que sea difícil, no ya resolver un problema real que precise la aplicación de la legislación de bienes públicos, sino incluso constatar un verdadero régimen común, más allá del establecido en la normativa general de patrimonio (LPAP, leyes autonómicas, legislación de bienes locales), que sea suficiente y sirva para todo "tipo" o "subtipo" de bienes públicos regulado en su propia legislación.

PASTOR, la LPAP considera a los bienes demaniales “insusceptibles de recibir un tratamiento uniforme”⁵⁵, remitiendo a su respectiva regulación (aguas continentales, costas, aeropuertos, montes⁵⁶, carreteras,...) y prescribiendo, en consecuencia, un mero valor supletorio para las normas generales que establece sobre el demanio (artículo 5.4 LPAP)⁵⁷, salvo en el caso de los edificios administrativos que sí se registrarán por el ordenamiento general de la LPAP⁵⁸ al no tener un régimen especial “completo” en normativa propia alguna⁵⁹. En cambio, respecto de los patrimoniales, el sistema de fuentes parece invertirse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.3 LPAP, es decir, el régimen general del patrimonio privado establecido en la LPAP es el verdadero ordenamiento común de estos bienes públicos, como lo demanda, por cierto, la ausencia de regulaciones completas de específicos bienes patrimoniales, de auténticos regímenes especiales de estos bienes públicos⁶⁰ salvo el caso del patrimonio público del suelo que sí ofrece un régimen específico y reclama así una mera aplicación subsidiaria de la regulación general.

**LA REGULACIÓN DEL
PATRIMONIO PÚBLICO
INMOBILIARIO OFRECE
UNA NOTABLE DIVERSIDAD
DE RÉGIMENES JURÍDICOS**

(55) Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 86.

(56) La vigente Ley estatal de Montes de 2003 ha aclarado la naturaleza jurídica de los montes catalogados de utilidad pública, que con la anterior legislación estatal se les podía considerar quizás como bienes “patrimoniales” aunque con un régimen especial propio del demanio. La Ley los califica expresamente como bienes demaniales, lo cual es una importante novedad, como han resaltado L. CALVO SÁNCHEZ (vid. “Montes”, en la obra colectiva *Derecho de los bienes públicos*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, págs. 467-469) y L.A. BALLESTEROS MOFFA (vid. “Protección y defensa del patrimonio: obligación administrativa, cooperación y límites a la disponibilidad”, en la obra colectiva *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 229, nota 88). Así, claramente son los montes patrimoniales una categoría absolutamente residual. Vid. CALVO SÁNCHEZ, “Montes”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Derecho...*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, págs. 489-491.

(57) Esta aplicación supletoria del régimen general de la LPAP era demandada por la actual regulación sectorial del dominio público. Pero es preciso señalar que no se dispone el valor meramente supletorio por existir legislaciones específicas que regulen suficiente y adecuadamente las instituciones comunes y generales del demanio, como ha resaltado SANTAMARÍA PASTOR (“de una pobreza franciscana” las califica), sino porque esas regulaciones sectoriales son demasiado divergentes en ocasiones (divergencias que son “en la mayor parte de los casos injustificadas y caprichosas”) para que pueda imponerse un cierto ordenamiento común y general, aunque obviamente parcial. Han sido, pues, esas “regulaciones legislativas tendencialmente completas para las diferentes categorías de bienes demaniales de titularidad estatal”, que además, han establecido “regímenes muy dispares y, sobre todo, muy volcados a las necesidades características de cada uno de los tipos de bienes”, en parte debido a “la inexistencia previa de una regulación general de los bienes de dominio público y, lo que es más importante aun, de un corpus doctrinal sólido y detallado”, la causa principal y la justificación de ese sistema de fuentes y de la consiguiente escasa efectividad de una normativa uniforme del demanio, que, pese a todas esas dificultades y el avance que debe reconocerse en comparación con la LPE, podía y debía haber sido más amplia y de aplicación no supletoria. Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 67 y 68, 85 y 86.

(58) Así lo destaca el legislador en la Exposición de Motivos de la LPAP, al afirmar que “la aplicación en primer grado de sus normas se producirá, por tanto, sólo en relación con aquellos bienes demaniales por afectación que carecen de una disciplina específica, señaladamente los edificios administrativos”.

(59) Sin perjuicio de la aplicación prioritaria de las normas singulares que se establezcan en la legislación sectorial (patrimonio histórico, Defensa Nacional, costas,...)

(60) Aunque el objeto de la legislación de patrimonio histórico-artístico no es sólo el patrimonio privado de la Administración, sino también el demanio y los bienes de propiedad privada, conviene subrayar que no contiene regímenes especiales de esta “modalidad” de bienes demaniales y patrimoniales, sino unas escasas normas singulares que, aunque deben prevalecer sobre la regulación general, no pueden sustituirla en modo alguno, como se deduce de lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimocuarta de la LPAP y ha destacado SANTAMARÍA PASTOR. Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 63.

Pero tan relevantes como esa pluralidad de regímenes especiales o escasas normas singulares que disciplinan el patrimonio inmobiliario de la Administración, son los numerosos regímenes excepcionales que subsisten y se garantizan por la propia legislación general de bienes públicos, pese a su escasa justificación dogmática y las dificultades prácticas que muchas veces aparecen con su aplicación. La consagración que realiza la LPAP, no ya de meros patrimonios separados de titularidad de entes públicos instrumentales de las Administraciones, sino de los regímenes *ad hoc* establecidos normalmente para cada una de las entidades institucionales que se creaban, se manifiesta en las remisiones a esas normas que realizan las Disposiciones Adicionales de la LPAP, cuestionando así el propósito del legislador de reducir la fragmentación del régimen patrimonial, pese al avance que supone la modificación de los artículos 48 y 56 LOFAGE efectuada por la propia LPAP, la inclusión expresa de los organismos públicos en el ámbito de aplicación de la LPAP efectuada por el artículo 2.1⁶¹ y la sujeción al régimen general que realizan las Disposiciones Adicionales Novena y Décima respecto del patrimonio de las entidades públicas “atípicas” o “independientes”⁶².

III. LOS FINES PÚBLICOS DETERMINANTES DE LA PLURALIDAD DE RÉGIMENES JURÍDICOS DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO

Si la diversidad de los fines públicos, y, por tanto, de la funcionalidad de los bienes públicos (en especial los inmuebles), debe fundamentar el régimen jurídico administrativo del patrimonio público, afectando ante todo a la clasificación o categorización de los bienes de la Administración, es obligado referirse, aunque sea sucintamente, a los criterios finalistas que actualmente delimitan, en principio, la gran división y que son matizados o cuestionados por la doctrina, como se ha mencionado. No se trata, pues, de que el legislador no haya considerado la funcionalidad del patrimonio público o la finalidad pública cuando dispone una primaria diferenciación de regímenes jurídicos entre el demanio y el patrimonio privado de la Administración, porque ha considerado principalmente el destino, el uso y el fin público al que debe servir el bien de la Administración cuando regula la institución de la afectación, sino si lo ha efectuado adecuadamente.

A) Una aparente excepción: el bien que es patrimonial con independencia del fin público al que esté afecto. De la presunción de patrimonialidad de los bienes adquiridos por ley a la naturaleza jurídica patrimonial *ex lege* de los bienes adquiridos salvo disposición legal en contrario

Una primera respuesta desfavorable parece imponerse observando la última normativa aprobada, que debe ser la más relevante: la LPAP. En concreto, la aún llamada “presunción de patrimonialidad” de los bienes adquiridos por la Administración que dispone el artículo 16 LPAP no parece adecuarse al criterio finalista y funcional que debe determinar la naturaleza jurídica y, en consecuencia, el régimen jurídico esencial de todo bien público.

(61) La ausencia de mención alguna a los consorcios es, como han indicado SANTAMARÍA y CHINCHILLA, sencillamente inexplicable y llamativa. Vid., respectivamente, “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 57 y 58, y “Presentación”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 17.

(62) Vid., por todos, SANTAMARÍA PASTOR, “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 53-62.

Tiene razón CHINCHILLA MARÍN cuando afirma que “por definición, el modo de adquirir el bien no puede ser, en sí mismo y por sí solo, determinante del carácter patrimonial o demanial de los bienes adquiridos”, sino que el bien ha de ser demanial o patrimonial según su destino⁶³.

En aplicación, pues, del artículo 16, salvo que, precisamente en atención al destino del bien, excepcionalmente y por expresa disposición legal como prescribe esta norma, se admita la naturaleza demanial de los bienes objeto de ciertas adquisiciones [como son los supuestos adquisitivos previstos en las afectaciones tácitas reguladas en los artículos 66.2.b) y c) LPAP], a veces la naturaleza patrimonial de los bienes adquiridos por la Administración que impone el artículo 16 LPAP difícilmente resulta congruente con el destino previsto (impuesto incluso y justificativo de la propia adquisición) para ese bien adquirido por la Administración, como sucede en el supuesto, subrayado también por CHINCHILLA, del bien donado a la Administración con la condición de destinarlo a un determinado servicio público o uso público⁶⁴. En efecto, en este supuesto (y otros) no parece razonable defender que el bien, así adquirido por la Administración, ha pasado de ser un bien privado a un bien patrimonial de la Administración, porque “en estos casos la presunción de patrimonialidad carece de sentido y sería absurdo que, hasta que se produzca el acto de afectación, quedaran sometidos al régimen de Derecho privado que caracteriza a los bienes patrimoniales”⁶⁵.

B) El fin del uso general y del servicio público

Sin duda, son los criterios tradicionales de la delimitación entre el demanio y el dominio privado de la Administración los que alcanzan una mayor relevancia para constatar la justificación del régimen demanial o patrimonial en los fines públicos que presiden el régimen de cada una de estas categorías del patrimonio público. Así, al menos se refleja en las críticas y las propuestas formuladas recientemente por la doctrina tras la aprobación de la LPAP, que no se refieren al criterio que pueda usar el legislador para declarar como demaniales (así se prevé expresamente en el artículo 5.1 LPAP) o patrimoniales (como hace por ejemplo el artículo 7.2 LPAP) a cierto tipo de bienes, sino al criterio genérico del “uso general” (o uso público en la terminología tradicional) o del “servicio público”

(63) Vid. “Adquisición de bienes y derechos” en la obra colectiva *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág.152.

(64) No ha de olvidarse que esa condición se considera cumplida por estar el bien afecto a ese destino durante treinta años, según dispone el artículo 21.4 LPAP. Vid. “Adquisición...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 185 y 186. En todo caso, este artículo 21.4 demuestra que se adquiere el bien para incorporarlo al demanio, un bien ya afecto desde el mismo momento en que es público, en que se adquiere la titularidad, sin perjuicio de que luego, transcurrido el plazo de afectación o cumplida la condición se convierta en patrimonial o en demanial con otro destino, o revierta, en su caso, al cedente.

(65) Vid. “Adquisición...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 152 y 153. En realidad, tal vez pueda calificarse como supuestos de afectación implícita, pues cuando la Administración acepta la donación o la cesión gratuita condicionada, cuando realiza el acto traslativo del dominio, está también afectándolo tácitamente a un servicio concreto, demanializándolo. De esta forma se respetaría mejor esa presunción de patrimonialidad que es la regla general: son patrimoniales los bienes adquiridos, salvo que una disposición legal disponga el carácter demanial como dice el propio artículo 16 LPAP (así sucede con los bienes adquiridos por expropiación forzosa o los adquiridos por usucapión y hayan servido a un uso o servicio público...) o salvo que se haya manifestado en el acto de la adquisición la voluntad administrativa de que el bien sea demanial al disponerle ya una afectación o destino determinante de esa naturaleza jurídica.

establecido en el artículo 5.1. LPAP. Ambos criterios son imprecisos, demasiado genéricos o inexactos, cuando no de difícil definición.

En primer lugar, SANTAMARÍA descalifica el criterio del uso general, no sólo porque la LPAP no lo define (aunque como dice puede equipararse al uso común), sino porque las distintas regulaciones de los bienes que son demaniales por estar afectos a un uso general establecen un régimen de uso muy diverso que impide, o dificulta al menos, una unitaria y homogénea concepción de ese criterio delimitador de la naturaleza demanial⁶⁶.

Menos utilidad parece tener el criterio del servicio público (“de una insuperable vaguedad y polivalencia semántica”, en palabras de este autor), porque si se opta por su sentido amplio es evidente que no sirve para la delimitación entre el dominio público y el privado de la Administración, en cuanto también los bienes patrimoniales sirven a un “servicio público”, entendido éste como misión o finalidad pública, pues, como dice, “todos los bienes públicos poseen un carácter instrumental respecto de la realización de tareas o funciones de la Administración”⁶⁷, y, en consecuencia, prácticamente todos los bienes serían demaniales por satisfacer o servir a una actividad o función pública, en contradicción evidente con la reciente doctrina jurisprudencial defensora de la existencia de bienes patrimoniales afectos materialmente a un fin o función pública (STC 166/1998). Y si se considera al servicio público en sentido propio, como actividad prestacional, aparte de las dificultades de delimitación misma de esta modalidad de la actividad administrativa, el resultado sería el inverso, esto es, la mayoría de los bienes de la Administración serían patrimoniales, lo cual contradiría el carácter residual de esta clase de bienes públicos que declara la legislación de patrimonio (recientemente el artículo 7.1 LPAP, de aplicación general). También CHINCHILLA critica el criterio del servicio público, al afirmar que, si ya es un concepto de difícil delimitación, la LPAP aumenta aun las complicaciones al diferenciar a su vez entre “servicios públicos reglados”⁶⁸ y otros servicios públicos⁶⁹.

Por todo ello, SANTAMARÍA se sorprende con razón de que la LPAP no haya acogido ningún criterio complementario de “precisión” como la esencialidad del bien postulado por JÉZE o el más reciente formulado por la propia CHINCHILLA antes de la aprobación de la LPAP consistente en diferenciar una afectación “directa” y una “indirecta” o una afectación a la actividad principal y una a las actividades secundarias integrantes del “servicio público”⁷⁰, tesis que elogia pese a considerarla tributaria de “conceptos abiertos e inde-

(66) Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 78 y 79.

(67) Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 78-80.

(68) Sobre este “concepto” vid. J. BARCELONA LLOP, “Utilización de los bienes y derechos destinados a un servicio público. Reservas demaniales”, en la obra colectiva *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 527 y ss.

(69) Vid. *Presentación*, *op. cit.*, en la obra colectiva “*Comentarios...*”, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 16.

(70) “... habrá afectación al servicio público cuando el bien se encuentre directamente destinado al cumplimiento de la actividad pública, en sentido estricto, y no de cualquier función auxiliar o complementaria de la misma. Así pues, afectación directa, de un lado, y destino a la actividad principal de carácter público y no a las actividades puramente complementarias de la misma, de otro, podrían ser los criterios que nos servirían para delimitar la línea divisoria de la propiedad pública y la propiedad privada del Estado...”. Vid. *Bienes...*, *op. cit.*, pág. 139.

terminados”⁷¹. Y sorprende aún más cuando, tras la STC 166/1998, el “servicio público ya no es sólo un fin propio y exclusivo del demanio, que determina el régimen jurídico-público inspirado en los citados principios constitucionales del artículo 132.1, sino que también es un fin público compatible con el régimen jurídico del patrimonio privado de la Administración salvo en uno de sus rasgos principales: la inembargabilidad.

C) La diversidad de la vinculación a los otros fines públicos

Así, lo más preocupante, o al menos lo más dudoso, no es tanto la ausencia de modificación o precisión de esos criterios tradicionales en la nueva legislación, sino la aparente introducción de otros criterios que matizan, o contradicen incluso, los anteriormente recordados. En particular, se trata de la función pública o del fin público (no un “servicio público”) que determina, bien la atribución a un bien patrimonial del privilegio de la inembargabilidad (artículo 30.3 LPAP), bien la afectación implícita y, la consecuente, demanialización del bien adquirido por expropiación forzosa (artículo 24.2 LPAP).

a) ¿La demanialización del bien por afectación a “fines y funciones de carácter público”?

Parece que el artículo 24.2 LPAP ha efectuado cierta ampliación de los fines públicos causantes de la afectación. CHINCHILLA MARÍN ha subrayado las diferencias existentes entre los artículos 24.2 y 66.2.c) LPAP en relación a esta afectación tácita o implícita que se produce con la adquisición de bienes públicos mediante la expropiación forzosa. Al disponer el artículo 24.2 (de aplicación general) que la afectación se produce, no ya cuando los bienes adquiridos vayan a ser destinados a un uso general o un servicio público, sino también cuando se pretendan destinar a otros “fines y funciones de carácter público”, el legislador asume un concepto amplio de afectación, y por ende de dominio público⁷², por cuanto de esa forma todo bien adquirido por expropiación forzosa y con cualquier fin público previsto como destino sería demanial.

LO MÁS PREOCUPANTE NO ES LA AUSENCIA DE MODIFICACIÓN O PRECISIÓN DE LOS CRITERIOS TRADICIONALES EN LA NUEVA LEGISLACIÓN, SINO LA APARENTE INTRODUCCIÓN DE OTROS CRITERIOS QUE MATIZAN, O CONTRADICEN, INCLUSO, LOS ANTERIORMENTE RECORDADOS

(71) Parece que finalmente propone sólo el criterio de la calificación legal de la naturaleza demanial como el más seguro, el más congruente con la presunción de patrimonialidad legalmente establecida, el más garantizador del carácter excepcional que debe tener el régimen demanial y el más respetuoso con la reserva de Ley que dispone el artículo 132.2 CE. Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 81 (nota 48) y 82.

(72) Rechazado, por cierto, por el Consejo de Estado en su citado dictamen núm. 805/2003, al informar desfavorablemente el concepto expansivo del dominio público que se producía con el artículo 5 del anteproyecto de LPAP.

Si esto es lo que realmente quiere decir el artículo 24.2, que puede deberse a un olvido del legislador, es evidente que contradice el resto del articulado de la propia LPAP que establece los criterios delimitadores de la naturaleza demanial de los bienes públicos (el uso general y el servicio público según dispone el artículo 5.1), como acertadamente indica CHINCHILLA⁷³. Y además, no sería congruente con la “presunción de patrimonialidad” de los bienes adquiridos por la Administración que establece el artículo 16 LPAP, al demanializar el artículo 24.2 la generalidad de los bienes adquiridos por expropiación sin requerirse esa afectación o destino a uso o servicio público, y tampoco lo sería con la admisión de esa otra “categoría” de bienes patrimoniales (los afectos material o directamente a funciones o fines públicos) por parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, así como por la propia LPAP (artículo 30.3) como veremos. Parece, pues, que con el artículo 24.2 no puede haber un bien público adquirido por expropiación que sea patrimonial, porque, interpretando la afectación en el sentido que se está exponiendo, todo bien adquirido por expropiación se convierte en demanial por afectación tácita.

Pero si éste ha sido el resultado deseado por el legislador no precisa la introducción de ese tercer destino de los bienes expropiados en el artículo 24.2. Ciertamente, la adquisición de bienes públicos por expropiación supone, en virtud ya del artículo 66.2.c) LPAP, una afectación implícita, pues los fines legitimadores de la expropiación pueden considerarse o clasificarse como un uso o un servicio público (sin necesidad de referirse a otro fin o función pública), por cuanto, como dice CHINCHILLA, “las nociones de uso general y servicio público son lo suficientemente amplias como para que, en principio, el fin de utilidad pública o interés social que justifica una expropiación pueda encajar, sin dificultad, en uno de esos dos criterios”⁷⁴.

Ahora bien, puede haber otra interpretación que explique esa diferencia entre los artículos 24.2 y 66.2.c) LPAP, y es el distinto sentido, o incluso concepción, de la afectación que hay en uno y otro precepto. Mientras que el artículo 66.2.c) se refiere a la institución de la afectación *stricto sensu*, a la institución que determina la naturaleza demanial del bien público, el artículo 24.2 se refiere a la afectación como vinculación a la *causa expropriandi*, al fin público justificativo de la expropiación, porque lo que regula el artículo 24 es la expropiación (y por ello es un precepto de aplicación plena), no regula, pues, la afectación tácita del bien que se efectúa por la expropiación forzosa. Y tampoco el artículo 24 usa siempre el término desafectación para aludir a la institución que produce la pérdida de la naturaleza demanial del bien público (salvo en el apartado 4 cuando dispone la desafectación implícita por reconocimiento del derecho de reversión), sino para referirse a la desaparición del fin legitimador de la expropiación, esto es, al presupuesto del nacimiento del derecho a la reversión del bien expropiado.

Por todo lo anterior, el ámbito de aplicación de uno y otro precepto es diferente. El artículo 66.2.c) LPAP se refiere sólo a los bienes públicos adquiridos mediante expro-

(73) Vid. “Adquisición...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 188 y 189.

(74) Vid. “Adquisición...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 189.

piación forzosa cuando el destino previsto y justificativo de la expropiación sea un uso general o un servicio público, disponiendo en tales casos la afectación tácita de estos bienes, su adquisición como demaniales. En cambio, el ámbito del artículo 24.2 LPAP es más amplio, porque alude a todo bien público que se adquiere por expropiación, sea la causa de la expropiación un uso o servicio público o sea otro fin o función de carácter público, admitiendo así en estos últimos supuestos la naturaleza patrimonial del bien que adquiere la Administración por expropiación forzosa como parecía postular antes de la LPAP el profesor PARADA VÁZQUEZ⁷⁵.

b) La afectación material a un fin público o una función pública determinada

Antes de la STC 166/1998, sólo algunos autores (GARRIDO FALLA relevantemente⁷⁶) admitían la existencia de bienes vinculados a funciones o fines públicos, o incluso a “servicios públicos”, y también así un régimen jurídico distinto del propio de los bienes afectos al servicio público, esto es, bienes demaniales. Se postulaba así el reconocimiento de unos bienes patrimoniales singulares, difícilmente delimitables de los demaniales por afectación al servicio público dado el sentido amplio de este criterio delimitador de la naturaleza demanial. Pero esta “especie” de bienes públicos no se encontraba prevista como tal en la legislación de patrimonio entonces vigente⁷⁷.

Hay que esperar, por tanto, hasta la aparición de la doctrina jurisprudencial contenida en esa famosa sentencia del Tribunal Constitucional, para que el ordenamiento general regulador de los bienes públicos (el artículo 30.3 LPAP en particular⁷⁸) admita expresamente la existencia de esos bienes, pese a las dudas y los inconvenientes que planteaban (y plantean aún) en la teoría tradicional del dominio público y privado de la Administración. Y por ello, algunos autores han subrayado que el reconocimiento jurisprudencial y legal de estos bienes consagra o confirma la existencia de una categoría específica de bienes

(75) “En efecto, la afectación implícita, a través de la simple expropiación, no supone otra cosa que la transferencia de un bien a la titularidad dominical de la Administración, pero no su vinculación de forma inmediata a un fin público, su incorporación real, no simulada, al demanio, incorporación que puede, incluso, no llegar a producirse, como reconoce la legislación expropiatoria al regular la reversión”. *Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 69.

(76) Vid., por todos, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, ed. 10ª, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 410, 416, 471-472.

(77) Por el contrario, E. COLOM PIAZUELO afirma que sí estaba en alguna normativa anterior a la LPAP, concretamente en la legislación forestal, al regular la Ley de Montes de 1957 los montes catalogados, que eran bienes patrimoniales, como regla, aunque con un régimen peculiar dada la función pública a la que estaban sometidos. Vid. “El aprovechamiento y explotación de los bienes y derechos patrimoniales”, en la obra colectiva *Comentarios de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 577 y nota 17. Es cierto que esos bienes “patrimoniales” estaban afectos a una función pública determinada, pero, como más adelante explicaremos, no son los bienes a los que se refiere la STC 166/1998 ni el artículo 30.3 LPAP. En cambio, Silvia DEL SAZ parece referirse a estos bienes patrimoniales destacados por la STC, al afirmar que con la LPE de 1964 sí había también “bienes que, aun sin ser estrictamente de servicio público, servían de soporte material a la realización de alguna actividad o fin de interés general”. Vid. “Régimen...”, op. cit., en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 790 y 791.

(78) En idénticos términos se contiene en el artículo 23.1 de la Ley 43/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

patrimoniales⁷⁹, y otros la consideran incluso una tercera categoría de bienes públicos, intermedia y ubicada entre los bienes demaniales y los patrimoniales *stricto sensu*⁸⁰.

Por el contrario, CHINCHILLA MARÍN rechaza que esa doctrina jurisprudencial haya añadido una tercera categoría de bienes públicos⁸¹, criterio que compartimos plenamente. No nos parece tan evidente el “nacimiento”, o “descubrimiento” tal vez, de esta tercera vía en el complejo camino que es el patrimonio público⁸², y ni siquiera nos parece ser una vía secundaria que se diferencie total y autónomamente dentro del patrimonio privado de la Administración. En primer lugar, no ha de olvidarse que el reconocimiento de estos bienes patrimoniales se realiza, primero por el legislador (el artículo 154.2 de la anterior Ley de Haciendas Locales de 1988, tras la modificación efectuada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre), luego por el Tribunal Constitucional y más recientemente en la propia LPAP (artículo 30.3), sólo a los efectos de declarar la inconstitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes patrimoniales en los términos establecidos por el legislador⁸³ (no por el constituyente en el artículo 132 CE), salvo en ciertos supuestos o circunstancias en las que pueden encontrarse los bienes patrimoniales, sin que estas circunstancias le atribuyan al bien una naturaleza jurídica distinta y un régimen jurídico autónomo y propio, intermedio entre el demanio y el dominio privado de la Administración, y, por ello, no se prevén como categoría ni en el artículo 4 ni en el 7.1 de la LPAP (ambos de aplicación general a toda Administración). Su régimen jurídico no es el propio del demanio, sino el propio del patrimonio privado de la Administración salvo en lo referente a la regla de la embargabilidad⁸⁴, como se deduce de lo dispuesto en

(79) Tempranamente la diferenciaba GARRIDO FALLA. Vid. *Tratado*, op. cit., vol. II, págs. 410, 416, 471-472. Más recientemente la ha destacado COLOM PIAZUELO, cuando, tras afirmar que los “bienes patrimoniales se subdividen en dos grupos: bienes patrimoniales afectos a funciones públicas y bienes patrimoniales que no están destinados a fines públicos”, señala que, aunque esta división no está regulada sistemáticamente en la LPAP, sí se contempla en algunos preceptos como es el artículo 30.3 LPAP. Vid. “El aprovechamiento...”, op. cit., en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 566 y 577.

(80) Vid. SAINZ MORENO (“El dominio...”, op. cit., RAP, núm. 150 págs. 479 y 511), CARRILLO DONAIRE (“Facultades...”, op. cit., en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 325, nota 4), O. MIR PUIGPELAT (“¿El fin de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas? Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio”, *Autonomías*, núm. 25, 1999, pág. 143) y también parece, aunque lo critica, C. JIMÉNEZ PLAZA (“Las limitaciones a la disponibilidad de los bienes y derechos”, en la obra colectiva *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, dirigida por J.F. MESTRE DELGADO, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados-La Ley, Madrid, 2004, págs. 366 y ss.)

(81) Vid. *Bienes...*, op. cit., pág. 56.

(82) Además, no han de olvidarse las dificultades para delimitar y diferenciar a esos bienes patrimoniales de algunos bienes demaniales, como son los demanializados mediante afectación presunta o fáctica y en particular los bienes de la Administración General del Estado que son objeto de una “utilización pública, notoria y continuada” [artículo 66.2.a) LPAP]. Vid., por todos, J. CLIMENT BARBERA, “Afectación, desafectación y mutación de destino de los bienes y derechos”, en la obra colectiva *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, dirigida por J.F. MESTRE DELGADO, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados-La Ley, Madrid, 2004, págs. 721 y 722.

(83) Ya antes de esa previsión legal de la embargabilidad de “ciertos” bienes patrimoniales y, en consecuencia, con el privilegio de la inembargabilidad de todo el patrimonio público consagrado plenamente en las entonces vigentes LPE de 1964 (artículo 18) y la LGP de 1988 (artículo 44), MORILLO-VELARDE consideraba que “sólo en relación a los bienes demaniales puede considerarse justificada la inembargabilidad”, si bien lo sostenía en razón de “la afectación de esos bienes a una finalidad de carácter público”, que es lo que precisamente fundamenta también la inembargabilidad de esos bienes patrimoniales en el sentido establecido en la STC 166/1998. Vid. *Dominio...*, op. cit., págs. 87 y 95. Vid. también, por todos, É. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias”, REDA, núm. 52, 1986, págs. 485 y ss.

(84) Ya lo indica CHINCHILLA al comentar la STC 166/1998: “... lo que en ella viene a decirse es que existen bienes públicos que, no obstante no estar sometidos al régimen exorbitante de la demanialidad sino al régimen de la propiedad

el artículo 30 y especialmente de su apartado 2 (de aplicación general) al decretar la prescriptibilidad y la alienabilidad de los bienes patrimoniales pero no su embargabilidad. Es, además, una situación temporal o transitoria la de estos bienes patrimoniales inmuebles que debe terminar, en el sentido de que una afectación estrictamente material a un servicio público es una afectación anómala, una afectación no aceptada como tal por el ordenamiento y que, por tanto, debe finalizar regularizándose la situación relativa a esa vinculación finalista del bien, ya sea mediante su debida afectación expresa y conversión en demanial, ya sea mediante la eliminación de esa afectación de facto a un servicio público y su plena reincorporación al patrimonio privado de la Administración y su pleno régimen jurídico característico.

Y en segundo lugar, que es lo que más nos interesa aquí, si ya es difícil y discutible apreciar el criterio del servicio público como fin público determinante del régimen demanial y también lo es constatar esa “afectación material” a un servicio público⁸⁵, más aun lo es apreciar esa afectación material a una “función pública”. No se olvide que tanto la STC 166/1998 como el artículo 30.3 LPAP utilizan varios conceptos que dificultan la identificación misma de los bienes a los que se refieren. En efecto, no sólo aluden a la afectación material a un “servicio público” (o “uso público” en el caso de la sentencia), sino que también mencionan esa afectación material (o “directa” como indicaba el citado artículo 154 LHL) a una función o finalidad pública (o “finalidades de interés general” como dice el Tribunal), situación esta que difícilmente puede no apreciarse en un inmueble de la Administración dada la vinculación finalista que tiene todo bien público (servir a una finalidad pública)⁸⁶.

Así, pues, ante las dificultades en la apreciación de esta funcionalidad del patrimonio inmobiliario de la Administración, que determina al menos una modulación del régimen jurídico que

**SI ES DIFÍCIL Y
DISCUTIBLE APRECIAR EL
CRITERIO DEL SERVICIO
PÚBLICO COMO FIN
PÚBLICO DETERMINANTE
DEL RÉGIMEN DEMANIAL
Y TAMBIÉN CONSTATAR LA
“AFECTACIÓN MATERIAL”
A UN SERVICIO PÚBLICO,
MÁS AÚN LO ES APRECIAR
ESA AFECTACIÓN
MATERIAL A UNA
“FUNCIÓN PÚBLICA”**

privada (los patrimoniales), necesitan de la protección que implica una de las prerrogativas más características del Dominio público, la inembargabilidad o imposibilidad de ejecución forzosa de los mismos”. *Bienes...*, op. cit., pág. 54. En distinto sentido, esto es, postulando que la inembargabilidad es la regla en los bienes patrimoniales y la embargabilidad la excepción, parece pronunciarse V. MARTÍN SANZ. Vid. voz “Bienes públicos: clases”, en la obra colectiva *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo I, dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO, Justel, Madrid, 2005, pág. 345.

(85) Crítica CHINCHILLA que en la STC 166/1998 el Tribunal no haya realizado “un esfuerzo por establecer algún criterio que permita determinar en qué consiste la afectación material de un bien patrimonial a un servicio o función públicos o, incluso “a finalidades de interés general”, como llega a decir en algún momento”. Vid. *Bienes...*, op. cit., pág. 54.

(86) También lo ha destacado CHINCHILLA MARÍN. Vid. *Bienes...*, op. cit., pág. 56. En cambio, no parece COLOM dar demasiada importancia a la distinta terminología utilizada en la STC 166/1998 y en el artículo 30.3 LPAP, al afirmar que “con independencia de su denominación...”. Vid. “El aprovechamiento...”, op. cit., en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 576 y 577, nota 16.

le es propio (el patrimonial) concretada en la atribución del privilegio de inembargabilidad, y tal vez ante las lagunas de la doctrina contenida en la STC 166/1998, no debe extrañar que algunos autores consideren que estamos en estos casos ante aquellos bienes patrimoniales que tienen una afectación singular a fines públicos determinados y que, en consecuencia, tienen un régimen jurídico propio en su respectiva legislación específica o sectorial (el patrimonio público del suelo, por ejemplo⁸⁷). Pero no compartimos esta interpretación⁸⁸, porque el mismo régimen jurídico peculiar de esos patrimonios inmobiliarios *sui generis* se diferencia del régimen general de los bienes patrimoniales y, además, en ocasiones, se contradice incluso con esa especialidad de los bienes patrimoniales afectos materialmente a funciones públicas que es su inembargabilidad⁸⁹. Y ello parece preverse implícitamente en el propio artículo 30.3 LPAP, porque, después de referirse a esos bienes patrimoniales inembargables, se refiere indirectamente a los bienes patrimoniales embargables, estén o no afectos a funciones públicas especiales, cuando decreta la inembargabilidad de sus productos o frutos.

No se trata, pues, de fines públicos peculiares que justifican un régimen jurídico diferenciado del establecido con carácter general para el patrimonio privado de la Administración, sino únicamente de cualquier fin público, servicio público o función pública que, por estar presente en el uso o destino de un bien patrimonial inmobiliario, introduce una mera norma excepcional, aunque relevante, en su régimen jurídico. Ahora bien, para que se aprecie esa vinculación especial finalista, esa afectación *de facto*, es preciso que esa afectación a una función pública determinada sea directa, o como dice la ley y la sentencia también, “material”, esto es, que el inmueble constituya el soporte material del ejercicio de una función pública concreta, de una actividad administrativa determinada, pues, dado que todo bien público está afecto a una (o varias) finalidad o función pública, es necesario una mayor intensidad de esa vinculación genérica para que se atribuya el principio de inembargabilidad o, mediante la institución de la afectación, el régimen jurídico demanial.

c) La vinculación genérica a los fines públicos y las funciones públicas

El patrimonio inmobiliario de la Administración, como patrimonio público que es, está siempre al servicio de los intereses públicos, de finalidades públicas, como ya se ha in-

(87) Vid. COLOM PIAZUELO, “El aprovechamiento...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, págs. 578 y ss. En el mismo sentido parece pronunciarse GONZÁLEZ GARCÍA, al referirse tanto a los patrimonios municipales del suelo como a cierto patrimonio forestal o militar. Vid. “Los bienes...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Derecho...*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, pág. 1283. Y también los identifica, aunque acertadamente dice que esos patrimonios regulados en normas especiales “constituyen uno de esos supuestos a los que el Tribunal Constitucional denomina “bienes patrimoniales materialmente afectos a un uso o servicio público”, es decir, no agotan todos estos bienes por tanto, BALLESTEROS MOFFA. Vid. “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de la inembargabilidad de los bienes y derechos públicos”, *RAP*, núm. 148, 1999, pág. 208, nota 23.

(88) Tampoco la comparte CHINCHILLA, aunque por otras razones distintas a las que a arriba indicamos: “En mi opinión, no debería equipararse, sin más, a efectos de embargo de bienes públicos, los bienes patrimoniales afectos a un uso o servicio público y los bienes sujetos a una legislación especial, y ello por la sencilla razón de que el sometimiento a una legislación especial no implica, por sí mismo ni por sí solo, un vínculo especial de los bienes al cumplimiento de una finalidad o función pública”. Vid. *Bienes...*, *op. cit.*, págs. 55 y 56. No obstante coincidir con esta conclusión de CHINCHILLA, parece que en la mayoría de las legislaciones especiales sí se aprecia esa vinculación específica a una concreta o determinada función o finalidad pública.

(89) Así, por ejemplo, los patrimonios públicos del suelo, como bienes patrimoniales que son aunque separados y afectos a fines públicos específicos, son hipotecables y, por consiguiente, embargables.

dicado. Y estas finalidades públicas, distintas del uso general o del servicio público, son diversas, son las que en cada caso atribuye el ordenamiento jurídico. La no afectación a un uso o servicio público o la no afectación material o directa a una función o fin público determinado, no significa que el bien no esté vinculado a una finalidad pública⁹⁰, porque todo bien público es (o debe ser) un medio o instrumento para la realización de esos fines⁹¹, que son los que justifican los medios, en nuestro caso el régimen jurídico del patrimonio público inmobiliario.

La funcionalidad genérica del patrimonio inmobiliario de la Administración es, pues, plural⁹² y debe determinar el régimen jurídico-administrativo general propio de los bienes públicos, que ha de ser más bien el régimen de los bienes patrimoniales, y no el régimen demanial, por cuanto el dominio público ha de ser una categoría excepcional y no expansiva, al disponer el ordenamiento administrativo un régimen jurídico-público lo suficientemente eficaz para la protección del patrimonio privado inmobiliario de la Administración⁹³ y para la garantía de los fines públicos, más o menos explícitos o determinados, a los que sirven estos bienes de la Administración.

Se comprende así que la función del patrimonio privado de la Administración no puede ser única y exclusivamente la función financiera⁹⁴, y tampoco ha de ser ésta su función principal sino sólo una más⁹⁵, aunque a veces se pretenda por el legislador que sea una función habitual⁹⁶. La pluralidad de fines públicos, la amplia funcionalidad que tiene el patrimo-

(90) Igualmente lo resalta CHINCHILLA MARÍN. Vid. *Bienes...*, op. cit., pág. 131.

(91) O, como se afirma en la STC 52/1994, de 24 de febrero, "los bienes en mano pública sirven para ejercer las competencias que corresponden a las instituciones centrales del Estado y las Comunidades Autónomas" (FJ 5º).

(92) Así lo confirma MENÉNDEZ REXACH. Vid. "Reflexiones...", op. cit. *Ciudad...*, núm. 95-96, págs. 212 y ss.

(93) Actualmente el régimen mixto (presencia del ordenamiento administrativo y del ordenamiento privado) de los bienes patrimoniales parece ser prioritariamente de Derecho público, como se manifiesta tanto en la común regulación del demanio y de estos bienes como en las numerosas normas administrativas específicas de este patrimonio privado que se contienen en la LPAP. En todo caso, la prevalencia del Derecho Administrativo está expresamente consagrada y garantizada por el legislador, especialmente cuando establece el orden de prelación de fuentes (artículos 7.3 LPAP y 80.2 LRRL), por cuanto impone al ordenamiento administrativo como el ordenamiento normal y propio de este patrimonio público de la Administración y al ordenamiento privado sólo con el carácter y alcance que le permita ese ordenamiento administrativo.

(94) Y ello porque, como afirma MENÉNDEZ REXACH, "hay bienes patrimoniales que, sin perder esa condición, no se gestionan con miras pura o predominantemente lucrativas, sino con la finalidad de contribuir a la realización de los fines públicos de la Entidad titular de los mismos...". Vid. "Reflexiones...", op. cit. *Ciudad...*, núm. 95-96, págs. 213 y 221.

(95) En este sentido se pronuncia también M.A. GONZÁLEZ BUSTOS, cuando señala que el artículo 6 RB no impone que los bienes patrimoniales de los entes locales produzcan necesariamente ingresos, "por lo que existen bienes de propios que no producen renta". Vid. *Los bienes de propios. Patrimonio local y Administración*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 93. Y más recientemente, en relación al artículo 8 LPAP, destaca la pluralidad de finalidades públicas, distintas de la obtención de una rentabilidad económica, que pueden condicionar la gestión patrimonial, F. CASTILLO BLANCO. Vid. "El patrimonio de las entidades locales tras la aplicación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas", en la obra colectiva *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, dirigida por J.F. MESTRE DELGADO, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados-La Ley, Madrid, 2004, pág. 37.

(96) La finalidad, o incluso principal finalidad, no es siempre la obtención de ingresos, ya sea mediante su explotación onerosa o mediante su enajenación, como parece deducirse del artículo 105.1 LPAP (y de su precedente el artículo 31 LPE) especialmente, y parece afirmar J.Mª. SALA ARQUER (vid. "La desafectación de los bienes de dominio público", INAP, Madrid, 1979, pág. 72). Por el contrario, como afirma CHINCHILLA, una cosa es que esa función sea una función típica de los bienes patrimoniales, esencial en ciertas épocas históricas y en relación a ciertas Administraciones (particularmente las entidades locales), y otra distinta es que actualmente sea la única o la principal y que así se establezca por el legislador. Vid. *Bienes...*, op. cit., págs. 127-130.

nio⁹⁷, inmobiliario especialmente, de la Administración, reclama ese carácter secundario e incluso residual de la función financiera⁹⁸ (obtención de rentabilidad o ingresos) atribuida tradicionalmente a los bienes patrimoniales con una primacía absolutamente desproporcionada, cuando, además, resulta que “no es ajena por completo a los bienes demaniales” (CHINCHILLA⁹⁹). Es más, como ya subrayara FALCÓN Y TELLA, esa función financiera posee, además, un carácter instrumental, al estar condicionada y mediatizada por los fines públicos, los intereses públicos, en cada caso encomendados a esa Administración¹⁰⁰. Esa función tiene, por ello, una “posición subordinada respecto de los fines directos e inmediatos a cuya satisfacción ha de servir la Administración titular de estos bienes” (CHINCHILLA MARÍN¹⁰¹). No es, pues, la finalidad esencial del patrimonio público, y, por tanto, no puede ser determinante de su régimen jurídico (SAINZ MORENO¹⁰²).

Es más, todos los bienes públicos, incluidos los patrimoniales, y singularmente los inmuebles, constituyen así un instrumento útil, cuando no necesario, para facilitar la consecución de los fines del Estado social (MENÉNDEZ REXACH¹⁰³). Son estos fines u objetivos genéricos propios (y constitucionalizados) de nuestro Estado social los que requieren, en última instancia, que las finalidades públicas, más o menos determinadas o delimitadas por el legislador¹⁰⁴, sean las funciones primarias y esenciales que han de estar presentes y presidir el régimen jurídico del patrimonio público¹⁰⁵, debiendo, según reitera

(97) También lo subraya en relación a los bienes patrimoniales en general, GONZÁLEZ GARCÍA. Vid. “Los bienes...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Derecho...*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, pág. 1280.

(98) En distinto sentido parece manifestarse GONZÁLEZ SALINAS. Vid. voz “Bien...”, *op. cit.*, en *Enciclopedia*, tomo I, pág. 801.

(99) Es evidente que numerosos bienes demaniales son también una “fuente de ingresos para el Estado”, a través sobre todo de las tasas establecidas para el uso especial o privativo de esos bienes, pues no ha de olvidarse que ese “interés financiero” o interés por la rentabilidad de los bienes debe inspirar la gestión de todos los bienes públicos. Vid. *Bienes...*, *op. cit.*, págs. 28 y 36 (y nota 43) y 141.

(100) “... en la mayoría de los casos el patrimonio del Estado existe para alcanzar una serie de fines de política social y económica, pero ello no supone negar que la gestión patrimonial, en la medida en que sea compatible con la consecución de esos objetivos, debe estar presidida por una finalidad financiera ... Por ello puede afirmarse que la actividad financiera es sólo un aspecto de la gestión patrimonial y, en algún caso, dado su carácter instrumental, se subordina a la actividad final, propiamente administrativa de gestión de tales bienes...”. Vid. “La finalidad financiera”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 35, 1982, págs. 355 y 374, especialmente.

(101) Afirma incluso que “esta función es contemplada como una consecuencia, esto es, como un efecto o resultado posible de la gestión de unos bienes que están en el Patrimonio de la Administración para que ésta cumpla una serie de fines que, éstos sí, están presentes en numerosos preceptos de la Ley”. Vid. *Bienes...*, *op. cit.*, págs. 29 y ss.

(102) Vid. “El dominio...”, *op. cit.*, *RAP*, núm. 150, pág. 484.

(103) Vid. “Reflexiones...”, *op. cit.*, *Ciudad...*, núm. 95-96, pág. 210. Así mismo lo resalta GONZÁLEZ GARCÍA. Vid. “Los bienes...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Derecho...*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, pág. 1277.

(104) Con carácter más bien genérico, la LPAP ya se refiere a estos fines en su artículo 8.1.e) y 2, o más concretamente cuando regula las cesiones gratuitas, aparte de que, mediante la vía de los convenios de colaboración, esos fines pueden ser más habituales e importantes en el régimen de los bienes públicos.

(105) No parece, en principio, que “la única función –distinta a la financiera– que los bienes patrimoniales pueden cumplir” sea más bien la de ser un mero patrimonio en “estado de espera” o “estado transitorio”, pendiente de ser afectado, ser cedido o enajenado o ser explotado por un tercero, como afirma CHINCHILLA MARÍN. Vid. *Bienes...*, *op. cit.*, págs. 16, 134 y 135. Y tampoco parece que cuando estos bienes se integran permanentemente en el patrimonio público lo hacen porque se destinen a la explotación económica, según dice esta autora. Al menos no es tan evidente en todos los casos cuando se trata del patrimonio inmobiliario, y tampoco parece adecuarse a la pluralidad de fines públicos que puede darse y que condicionan el régimen jurídico del patrimonio inmobiliario de las Administraciones.

CHINCHILLA, subordinarse la función financiera a esas funciones principales¹⁰⁶. Y son también los que demandan una cierta “necesidad de mantenimiento del patrimonio público” (GONZÁLEZ GARCÍA¹⁰⁷), al menos claramente y con mayor intensidad en lo que se refiere al patrimonio inmobiliario.

IV. UNA PRIMERA CONCLUSIÓN PROVISIONAL: LA “VOCACIÓN” DE PERMANENCIA Y DE INALIENABILIDAD DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Todo lo anterior acredita que el patrimonio inmobiliario público constituye un instrumento absolutamente necesario para el normal ejercicio de las funciones públicas, incluso lo es tal vez en mayor medida que la funcionalidad presente en el desarrollo de la actividad empresarial dada la aparición y consolidación de otros mecanismos de los que se valen cada vez más empresas para actuar en el mercado. Y no sólo tiene ese valor por su cantidad, ya resaltada, y tampoco únicamente por la diversidad de propietarios públicos inmobiliarios existentes en la actualidad, sino, sobre todo, por su *calidad* o, más exactamente, por su funcionalidad y utilidad para el desempeño de una determinada función pública y para el mantenimiento mismo de la generalidad de las misiones encomendadas a las Administraciones Públicas por el legislador¹⁰⁸, no reduciéndose, pues, aunque sí sea una función primordial como indica CHINCHILLA, a “ser utilizados por los servicios administrativos”¹⁰⁹.

Es así un patrimonio, no sólo afecto o vinculado, en mayor o menor medida, genérica o específicamente, a los fines públicos o a ciertas funciones, servicios o usos públicos, sino que primeramente es un patrimonio estructural, el “esqueleto” que ha utilizado la Administración para poder servir a los intereses generales y para garantizar el futuro cumplimiento de las finalidades públicas asignadas. Es, normalmente un “patrimonio de soporte” (SANTAMARÍA PASTOR¹¹⁰), que tiene, por ello y

**EL PATRIMONIO
INMOBILIARIO PÚBLICO
ES UN INSTRUMENTO DE
ABSOLUTA NECESIDAD
PARA EL NORMAL
EJERCICIO DE
LAS FUNCIONES
PÚBLICAS, INCLUSO
EN MAYOR MEDIDA QUE LA
FUNCIONALIDAD PRESENTE
EN EL DESARROLLO DE LA
ACTIVIDAD EMPRESARIAL**

(106) Vid. Bienes..., *op. cit.*, págs. 139 y 140.

(107) Vid. “Los bienes...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Derecho...*, dirigida por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, págs. 1277 y 1278.

(108) Ya lo destacamos respecto de los bienes patrimoniales, al afirmar que la Administración Pública moderna “requiere para desempeñar sus funciones un patrimonio inmobiliario que constituya tanto una fuente de ingresos como una garantía de la permanencia de las funciones públicas encomendadas”. Vid. *Régimen jurídico general de la enajenación del “patrimonio privado” inmobiliario de la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2002, págs. 23 y 24.

(109) Vid. Bienes..., *op. cit.*, pág. 33.

(110) Así califica con gran acierto a los inmuebles “sobre los que necesariamente ha de desarrollarse un servicio o función pública, como sucede con los edificios e instalaciones oficiales, pero también las carreteras o las infraestructuras portuarias

también porque este patrimonio ha sido, en gran medida, “el resultado de un esfuerzo acumulado durante muchas décadas” (LÓPEZ MENUDO¹¹¹), una *vocación de permanencia* (MORELL OCAÑA¹¹²) y de *afectación directa a las funciones públicas*, requiriendo así una *vocación de inalienabilidad*¹¹³ que sólo desaparecerá, cuando el bien se afecte a un uso general o un servicio público, y nazca así un régimen jurídico presidido por los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, o cuando ya no sea útil o preciso para la Administración y pueda dejar de ser patrimonio público.

Nada parecido, pues, al valor y la utilidad de los bienes muebles o del mismo patrimonio empresarial de los entes públicos, porque estos bienes son más deteriorables por el uso o el transcurso del tiempo y, especialmente, más fácilmente reemplazables y sustituibles por otros similares. Y por ello, estos bienes no pueden ni deben tener esa *vocación de permanencia* y de *afectación*, sino más bien una intensa y habitual *vocación de alienabilidad*¹¹⁴. Son así los bienes más propicios para tener el régimen jurídico propio de los hoy llamados bienes patrimoniales, y encontrarse, en consecuencia, en ese “estado transitorio” o “especie de estación de paso” entre el dominio público y las propiedades privadas a la que se refiere CHINCHILLA MARÍN¹¹⁵.

Es más, no sólo excepcionalmente perderá el patrimonio inmobiliario su *vocación de permanencia*¹¹⁶ y podrá enajenarse al ser ya un bien “de mercado” mediante la declaración, expresa o implícita, de su alienabilidad, sino que también con un carácter secundario podrá tener algo menos que la pérdida de su *vocación de inalienabilidad*: una *vocación de mera rentabilidad económica* mediante normalmente su explotación empresarial, en definitiva la función financiera del patrimonio público. Cierto es, sin embargo, que hay determinados bienes inmuebles, como son los patrimonios públicos del suelo esencialmente, que ofrecen un estatuto de carácter mixto originado por su vinculación y servicio a ciertos fines públicos relevantes y su *vocación “de mercado”*; pero, en todo caso, esta *vocación empresarial* y de alienabilidad la tiene porque la demanda esa “afectación” a su específica finalidad (particularmente, intervenir en el mercado inmobiliario y obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública) que justifica su propia existencia como patrimonio peculiar y separado y su régimen singular y excepcional.

y aeroportuarias...”. Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 93.

(111) Prólogo a nuestra obra *Régimen...*, *op. cit.*, pág. 15.

(112) En relación a los bienes patrimoniales, resalta esta general *vocación de permanencia* o “determinada estabilidad”, que haría posible que su Administración titular “contara con los bienes desde el punto de vista de las previsiones que tiene que establecer...”. Vid. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, El Derecho Administrativo y sus Fuentes. La Organización Administrativa y sus Medios, 2ª ed., Aranzadi, 1997, pág. 571.

(113) O, como dice, SANTAMARÍA, en ellos “el principio de inalienabilidad se relativiza un tanto”. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 93.

(114) SANTAMARÍA afirma incluso que este “patrimonio operativo, integrado por los bienes muebles afectos a la prestación de servicios o funciones públicas ..., no precisa de la protección de la inalienabilidad, por la amortización y deterioro que sufren por el uso, así como por la posibilidad constante (y normal) de su reposición”. Vid. “Objeto...”, *op. cit.*, en la obra colectiva *Comentarios...*, coordinada por Carmen CHINCHILLA MARÍN, pág. 93.

(115) Vid. *Bienes...*, *op. cit.*, pág. 16.

(116) En este sentido parece manifestarse también MENÉNDEZ REXACH. Vid. “Reflexiones...”, *op. cit.*, Ciudad..., núm. 95-96, pág. 221.

El subsuelo: una propuesta para la reformulación de su estatuto jurídico

JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA

Profesor Titular de Derecho
Administrativo de la Universidad
de Cantabria
Ex Letrado del Tribunal Constitucional

Resumen

EL SUBSUELO: UNA PROPUESTA PARA LA REFORMULACIÓN DE SU ESTATUTO JURÍDICO

El derecho de propiedad del dueño de un terreno no incorpora de modo genérico e indiferenciado el del espacio geográfico que se extiende bajo su superficie. Este derecho únicamente se predica de aquellos objetos o cosas, en sentido jurídico-civil, que estén debajo de la superficie del terreno, salvo que hayan sido excluidos ex lege de su dominio, cual acaece hoy con las minas y las aguas subterráneas, así como con los tesoros arqueológicos.

El llamado subsuelo no constituye, pues, una extensión o proyección, en sentido estrictamente jurídico, del terreno, esto es, no es parte integrante de aquél. No constituye, en caso de segregación o disgregación, una finca registral procedente de una finca matriz o material, por la sencilla razón de que no forma parte del terreno o fundo. Sólo cuando

en el subsuelo se han localizado determinados aprovechamientos surge como entidad jurídica diferenciada la finca, material y registral, que, en su caso, de haber elementos comunes, permitirá constituir, en régimen de propiedad horizontal, un complejo inmobiliario con la finca suprayacente.

El subsuelo no es, pues, un bien, en sentido jurídico-civil, un objeto o cosa, sino un mero espacio, como el aire, sobre el que se ejercitan las competencias de las diferentes Administraciones Públicas. El poder de disposición de éstas no deriva, por tanto, de ninguna titularidad dominical (el subsuelo, como tal, no es público, ni demanial ni patrimonial, por no ser bien), mas de su ejercicio resultan bienes o cosas, de carácter inmueble, ya de propiedad pública ya privada.

Abstract

THE UNDERGROUND: A PROPOSAL FOR THE REFORMULATION OF ITS JURIDICAL STATUTE

The right of property of the owner of a land property doesn't incorporate in a generic and no differentiated way that of the geographical space that extends under its surface. This right is only said of those objects or things, in a juridical-civil sense that are under the surface of the land, unless if they have been excluded "ex lege" of its domain, as it happens today with the mines and the subterranean waters, as well as with the archaeological treasures.

The so called underground doesn't constitute, then, an extension or projection, in a properly juridical sense, of the land, this is, it is not an integral part of that. It doesn't constitute, in the event of segregation or disintegration, a registering property coming from a main or material property, for the simple reason that it is not part of the land. Only when in the underground

certain explotations have been located it arises as a juridical differentiated entity the property, material and registering, that, in their case, of having common elements, it will allow to constitute, in a horizontal property regime, a real estate holding with the other property.

The underground, is not, then, a possession, in a juridical-civil sense, an object or thing, but a mere space, as the air, on which the competences of the different Public Administrations are exercised. The disposition power of these ones doesn't derive, therefore, of any ownership of domain (the underground, as such, is not public, neither of public domain, neither patrimonial, because it is not a possession) but from its exercise come possessions or things, with a real estate character, already of public property already private.

I

1. La línea 1, del metro de Madrid, no es el suelo de la línea 6 del Metro de Madrid. Ergo, la superficie de un terreno no es el suelo de un espacio llamado subsuelo. El derecho de propiedad del dueño de un terreno no incorpora de modo genérico e indiferenciado el del espacio geográfico que se extiende bajo su superficie. Este derecho únicamente se predica de aquellos objetos o cosas, en sentido jurídico-civil, que estén debajo de la superficie del terreno, salvo que hayan sido excluidos *ex lege* de su dominio, cual acaece hoy con las minas y las aguas subterráneas, así como con los tesoros arqueológicos.

2. El llamado subsuelo no constituye, más allá del pleonasma, que hace suyo la jurisprudencia, de que aquél, el subsuelo, es el sustrato natural del suelo, una extensión o proyección, en sentido estrictamente jurídico, del terreno, vale decir, no es parte integrante de aquél. No constituye, en caso de disgregación, una finca registral procedente de una

finca matriz o material, por la sencilla razón de que no forma parte del terreno o fundo. Sólo cuando en el subsuelo se han localizado determinados aprovechamientos (galerías comerciales, garajes) surge como entidad jurídica diferenciada la finca, material y registral, que, en su caso, de haber elementos comunes, permitirá constituir, en régimen de propiedad horizontal, un complejo inmobiliario con la finca suprapostante.

3. El subsuelo no es, pues, un bien, en sentido jurídico-civil, un objeto o cosa, sino un mero espacio, como el aire, sobre el que se ejercitan las competencias de las diferentes Administraciones Públicas. El poder de disposición de éstas no deriva, por tanto, de ninguna titularidad dominical (el subsuelo, como tal, no es público, ni demanial ni patrimonial, por no ser bien), mas de su ejercicio resultan bienes o cosas, de carácter inmueble, ya de propiedad pública ya privada.

4. Las páginas que siguen encaran, a modo de esbozo, la formulación de unas propuestas a partir de las que, si mi entendimiento no es errado, elaborar un estatuto del subsuelo en clave distinta a la hasta ahora dominante. Un subsuelo que, no podía ser de otro modo, toma pie en el texto del artículo 350 del Código Civil, a cuyo tenor “el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía”.

II

1. El tratamiento del subsuelo está trufado de peticiones de principio, paradojas y, aun, incoherencias y contradicciones. El pretendido carácter absoluto por ilimitado del derecho de propiedad fundiaria, y cuya más acendrada expresión normativa se halla en los artículos 552 del Code y 440 del italiano de 1862, nunca fue del agrado de la doctrina. La fórmula usque ad caelum usque ad infera, de cuño medieval, artefacto ideológico al servicio del poder feudal en su enfrentamiento con el real en su lucha por el control de las riquezas mineras (Alejandro NIETO), ha servido de pretexto para una secular e infructuosa discusión acerca de los límites verticales (hacia arriba y hacia abajo) del suelo, mejor, en nuestra tradición, del fundo o terreno, que es la expresión que emplea el artículo 350 del Código Civil.

EL SUBSUELO NO ES UN BIEN, EN SENTIDO JURÍDICO-CIVIL, SINO UN MERO ESPACIO SOBRE EL QUE SE EJERCITAN LAS COMPETENCIAS DE LAS DIFERENTES ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y EL PODER DE DISPOSICIÓN DE ÉSTAS NO DERIVA DE NINGUNA TITULARIDAD DOMINICAL

2. Unos límites que, por mor del entendimiento que de la obra de IHERING hicieron doctrina y legislación, incorporaron la noción de *interés*, dentro de cuyos confines quedó circunscrito o delimitado el derecho del propietario. En la síntesis que en los años ochenta hiciera Vicente MONTÉS de esta concepción se descubre la siguiente secuencia:

– El subsuelo es aquella porción que “se encuentra más allá de la susceptibilidad de utilización por parte del propietario”.

– Éste no ostenta un derecho de *propiedad* en relación con aquél, sino, al igual que ocurre respecto del espacio [aéreo] un derecho de *utilización*.

– Este derecho de utilización, inspirado en el criterio del interés, faculta al dueño del suelo para excluir la eventual intervención de terceros en atención a las expectativas de un cambio de destino del fundo que, en los límites de la técnica actual, permita dar un impulso a la productividad de aquél.

– En consecuencia, el propietario del suelo tiene un “derecho *potencial* sobre el subsuelo”.

3. La doctrina civilista creyó ver consagrado el criterio del interés en la noción *corpo de tierra* del artículo 905 del Código Civil alemán de 1900 [simétrica del sintagma *espacio de la superficie terrestre*, acuñado por aquél para ceñir el dominio del propietario sobre lo que está por encima de la superficie de la finca o fundo], que hicieron suya los Códigos del veinte (así, el 667 del suizo, el 840 del italiano de 1942 y el 1344 del Código portugués de 1966). Rectamente entendida, aquélla es un concepto *medial, instrumental*: el aprovechamiento, esto es, la utilidad, ganancia o ventaja en que se cifra el interés que conforma el derecho, del fundo, finca o terreno (ya se encare desde una perspectiva estrictamente agrícola, ya incorpore la dimensión urbanística) requiere de una inexcusable proyección, que no extensión, espacial, aquella sin la que la debida ganancia, utilidad o ventaja en que se traduce el derecho quedaría virtualmente despojada de contenido.

4. Así entendida, la propiedad fundiaria no se extiende, aun cuando se proyecte, propiamente hablando, hasta donde *alcance* el interés del propietario. El interés define el contenido del derecho [un interés jurídicamente protegido, tal es la caracterización clásica del derecho subjetivo], luego la extensión hacia abajo de aquélla alcanza estrictamente hasta donde sea *imprescindible* para garantizar el uso que las leyes reconocen al terreno, vale decir al suelo o superficie. Un *utendi* y su correlativo *fruendi* que incorpora la facultad de oponerse a las inmisiones o perturbaciones ajenas, mas sin que dicha facultad se traduzca, a menos que se entienda apriorísticamente indeterminado, en un “perímetro de protección”, como pretende NIETO.

III

1. Una discusión secular, decía, que, al decir de Alejandro NIETO en 1990, cerró NIETO en 1968 en su *Aguas subterráneas: subsuelo hídrico y subsuelo árido*. Cuando en la primera de las

fechas anotadas, 1990, vuelve sobre el asunto en *El subsuelo urbanístico* lo es para sentar que, uno, al socaire de las Leyes de Minas y de Aguas, el subsuelo es dominio público estatal y, dos, sin solución de continuidad, que la ordenación urbanística del subsuelo (urbanístico) tiene un límite, el aseguramiento de los aprovechamientos del suelo, límite y justificación de las intromisiones del Plan en aquél, de donde, y el aserto es corroborado por alguna jurisprudencia (prototípicamente, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1984), infiere que, en ausencia de Plan, el dueño del terreno es libre, en virtud de los artículos 348 y 350 del Código Civil, de destinar “los volúmenes subterráneos que se encuentran debajo (del suelo) y a que tiene acceso operando desde el suelo”, en cuanto integrantes de su dominio, a los usos que tenga por conveniente.

2. Un lustro más tarde, Tomás Ramón FERNÁNDEZ somete a un severo escrutinio las reseñadas posturas doctrinal y jurisprudencial. Conforme con el parecer de NIETO en cuanto a la atribución de la propiedad del subsuelo al Estado, si bien, salvo las formales declaraciones demaniales minera e hídrica, no en concepto de dominio público sino como bien patrimonial *ex* artículos 21 (y 22) de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964; su radical discrepancia, vale decir, la inanidad del artículo 350 del Código Civil a la hora de rellenar de contenido el subsuelo, dimana del papel jugado por el Plan: éste es el que otorga los oportunos aprovechamientos urbanísticos, en cuanto añadido, artificial, por tanto, al contenido normal u ordinario de la propiedad fundiaria, que no es otro sino el garantizado a la propiedad del suelo rústico o no urbanizable. De ahí que no deje de resultar llamativo, por paradójico, que si el Estado es el dueño del subsuelo que se halla por debajo del suelo rústico, el dueño de éste pase a patrimonializar, tan pronto se produzca la conversión mediante la reclasificación operada por el Plan, los aprovechamientos urbanísticos conferidos por aquél en el subsuelo.

3. La crítica de Tomás Ramón FERNÁNDEZ a la concepción tradicional del subsuelo, común a administrativistas y civilistas, tomaba pie en el propio artículo 350 del Código Civil, a saber, en no haber leído, en clave actual, la expresión “reglamentos de policía” en aquél contenida. Una actualización que debiera haber conducido, tal como postulaba, a entender que no hay derecho alguno en relación con el subsuelo, como no lo hay respecto del suelo, fuera de los expresamente conferidos por el Plan de Urbanismo.

Una actualización, en todo caso, obligada, pues para el Código Civil los límites consignados en el precepto de referencia eran, justamente, eso, límites, de suerte que, fuera de la singularidad que representaban las Leyes de Minas y de Aguas, y, en relación con las aguas subterráneas, con la precisión de que las mismas eran hasta 1985 *res nullius* y, por tanto, susceptibles de apropiación en virtud de la técnica de la ocupación o alumbramiento, el subsuelo era concebido, de un modo u otro, como una proyección o extensión natural del suelo, siquiera, en sus versiones más debilitadas y realistas, aquella proyección o extensión quedara atemperada por el recurso a la noción de “interés”.

4. Ésta es la constante en la doctrina civilista del siglo pasado. Es mérito de don Jerónimo GONZÁLEZ, allá por los años veinte de la centuria de igual número, haber dado a conocer la doctrina extranjera que, al socaire de los Códigos alemán y suizo, había tornado en común el criterio del interés. Un interés que, para el ilustre hipotecarista, podía ser

estético, probable y, aun, de mera afección, y que protegía al dueño del terreno, a través de las oportunas acciones posesorias (interdictales), negatoria y aquiliana o de responsabilidad por culpa, frente a las inmisiones o perturbaciones que alteraran aquel interés. La evolución de esta doctrina registrará un desenvolvimiento marcado por el énfasis en la susceptibilidad del subsuelo como objeto de derecho autónomo, propio y separado, aun cuando de ningún modo enteramente desvinculado del suelo, del que, en términos registrales, aparecerá, en su caso, como disgregación de la finca matriz o material.

IV

1. Una susceptibilidad de derecho autónomo que ha conocido insospechadas aplicaciones. Sin duda la más llamativa (el Derecho es una idea práctica), aunque por referencia al subsuelo hídrico, han sido las, que NIETO denunciara en su momento, “ventas de subsuelo (hídrico)”, de tráfico común en algunas islas canarias. Unas ventas, con acceso al Registro de la Propiedad, y configuradas de modo temporalmente indefinido, para, así, salir al paso de la limitación que suponía el derecho real de superficie, y ante la imposibilidad, por inaplicable, de acudir al régimen de la propiedad horizontal. Una práctica que el propio Tribunal Supremo (Sentencia de 28 de octubre de 1958) avaló al negar la procedencia del, en el caso, derecho de retracto de comuneros (y, aun, el de colindantes o asurcanos), que los propietarios del suelo pretendían ejercitar frente a la comunidad de propietarios del subsuelo.

2. Práctica que, aun de manera intuitiva, reflejaba la independencia o autonomía del subsuelo (si bien, un subsuelo dotado de sustantividad, el subsuelo hídrico), al configurar aquél como un bien inmueble susceptible de transmisión separada de la del suelo. De ahí, y como reflejo de la concepción que vincula suelo y subsuelo, la propuesta (GUIMERA PERAZA) de articular el tráfico pretendido en virtud de la constitución sobre el subsuelo, y con el designio de mantener aquella vinculación última, de una servidumbre real de carácter voluntario e inscribible en el Registro de la Propiedad, cuyo eventual titular fuera una comunidad de la que, en su caso, formara parte el propio propietario del suelo.

3. Una vinculación de la que no escapa la doctrina civilista más reciente y, valga la expresión, más “administrativizada”. La preocupación por dotar de realidad urbanística a las construcciones subterráneas, esto es, de incluir su cómputo en el volumen de edificación o edificabilidad no es óbice para que algún autor (LÓPEZ FERNÁNDEZ) configure aquellas construcciones, en particular, los garajes, como elementos inseparables, si no jurídicamente, sí funcionalmente de las instalaciones o viviendas ubicadas en el suelo. Esta accesoria respecto de la edificación en superficie le permite, ante la constatación del “florecente tráfico jurídico” a aquéllos anudado, alumbrar la noción de “edificaciones principales próximas” cuando los garajes sean transmitidos a titulares de edificaciones distintas de las superficiarias, con el argumento de que, en todo caso, se tratará de un tráfico jurídico restringido.

V

1. La jurisprudencia refleja, no podía ser de otro modo, dudas y vacilaciones en el tratamiento de una cuestión cargada de prejuicios históricos e indefiniciones conceptuales. La vieja jurisprudencia contencioso-administrativa (Sentencias de 4 de diciembre de 1906 y 1 febrero de 1909) negó acción al propietario particular de un fundo para oponerse a la construcción de túneles que discurrían a suficiente profundidad de la superficie de su finca. Mas cuando el propietario que esgrimía una pretensión de esta índole era una Administración Pública, el Tribunal Supremo se escudó en que se trataba de una cuestión de orden civil ajena a la jurisdicción del contencioso: así, la Sentencia de 11 de mayo de 1920, con ocasión de la construcción del ferrocarril metropolitano de Madrid, que ciñó la impugnación del Ayuntamiento de Madrid a la determinación de si aquella construcción debía sujetarse a la legislación general de ferrocarriles o a la específica de los ferrocarriles de cercanía.

2. La jurisprudencia civil no ha dejado de ser sensible no ya a la desmesura de la concepción plasmada en el archifamoso aforismo, sino a la consideración del subsuelo como objeto autónomo y diferenciado de derechos. En un pronunciamiento que se adelantó en varias décadas a las propuestas de diversificación o estratificación de la propiedad fundiaria (GUIMERÁ PERAZA, aunque matizadamente; PÉREZ CÁNOVAS, y su estratificación en tres niveles de aquélla; LÓPEZ FERNÁNDEZ, si bien desde su particular noción de la accesoriedad), la Sentencia de 1 de abril de 1930 había afirmado que el sótano constituía un bien inmueble distinto de la edificación suprayacente.

En todo caso, y a salvo esta aislada decisión, el carácter unitario de la propiedad fundiaria, comprensiva del subsuelo, constituye un prejuicio o sobrentendido de la jurisprudencia civil, siquiera la extensión del derecho del dueño de la finca en relación con aquél se exprese en términos de mera presunción *iuris tantum* (Sentencia de 25 de febrero de 1986, en la que tal caracterización es mera alusión de pasada, no ya *obiter dictum*), conforme a la que, y de acuerdo con la teoría de la *inmisión*, se ha negado al propietario acción para obtener la retirada de unos cables o anclajes provenientes de una construcción colindante (Sentencia de 3 de abril de 1984, más próxima, en cualquier caso, a la noción de *ius usus inoqui* que a una concepción que niegue al propietario toda pretensión en relación con el uso del subsuelo).

**LA JURISPRUDENCIA
REFLEJA DUDAS Y
VACILACIONES EN EL
TRATAMIENTO DE UNA
CUESTIÓN CARGADA DE
PREJUICIOS HISTÓRICOS
E INDEFINICIONES
INTELECTUALES**

3. Un carácter unitario de la propiedad fundiaria del que es sumamente reveladora la Sentencia de la Sala Primera de 16 de junio de 1998, en la que se hace aplicación del instituto de la accesión en su modalidad primaria, la que expresa el aforismo *superficies solo caedit*, al atribuir a los propietarios de las viviendas, constituidas en propiedad horizontal y, por ende, en su condición de elemento común, la opción conferida por el artículo 361 del Código Civil, en relación con las galerías comerciales y los garajes ubicados en el subsuelo y construidos, una vez constituida la propiedad horizontal, por quien no era propietario del suelo y, por tanto, de las viviendas suprastantes.

4. Un entendimiento del subsuelo como eventual objeto autónomo de derecho que, sin duda, y no obstante, o quizá, precisamente, por eso, imbricarse en dicha concepción unitaria, alcanza su consagración más nítida en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, que permite al propietario de una finca reservarse, con ocasión de su transmisión, amén del conocido como derecho de sobreedificación, el de construcción en el subsuelo, sin constituir un derecho real de superficie, esto es, con carácter temporalmente indefinido. Un derecho que, desde la tesis aquí defendida (el subsuelo no es *per se* un objeto de derecho, sobre el que recaiga la titularidad del dueño del terreno que se halla por encima del espacio signado con tal nombre), ha de ser reconstruido, esto es, sólo puede configurarse como una cesión que el adquirente del suelo otorga al transmitente en relación con los aprovechamientos urbanísticos que eventualmente pueda conferir el Plan, no, por tanto, como una reserva de algo inexistente, y de cuyo incumplimiento, por ende, sólo podrían derivarse consecuencias estrictamente obligacionales, no por tanto, reales (así, siquiera con carácter analógico, según se desprende de las Sentencias de la Sala Primera de 3 de marzo de 1995 y de la Sala Tercera de 12 de mayo de 1999).

VI

1. La jurisprudencia contencioso-administrativa afirma de manera inequívoca que el subsuelo integra el terreno o fundo y, en consecuencia, que el dueño de éste extiende, y, precisamente, en la condición con que lo ostenta, su dominio a las porciones que se hallan debajo de la superficie. Un principio del que, en particular, se ha hecho aplicación cuando aquél es el Ayuntamiento y la finca (vale decir, los usos localizados en su superficie) un bien de dominio público, zona verde o espacio libre.

2. Así, en primer lugar, aunque el argumento sea empleado *ad abundantiam*, la condición de propietario del Ayuntamiento se ha esgrimido para negar a los herederos de los dueños de unos locales en su momento expropiados para proceder a las obras de ampliación de una plaza pública, la reversión instada (y, en su defecto, la indemnización sustitutoria a que se refiere el artículo 66 del Reglamento de Expropiación Forzosa) con ocasión de la construcción y explotación en régimen de concesión de un aparcamiento subterráneo.

Pues bien, con independencia de que en estrictos términos no concurría ninguno de los supuestos a que se contrae la procedencia de la reversión o retrocesión de los bienes expropiados, pues ni había tenido lugar una sustitución indebida del fin que legitimó la

expropiación (la plaza había sido, efectivamente, remodelada), ni, en puridad, de resultados de la realización de la obra pública, quedaban partes sobrantes, las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1987 (que, anulada por la de 6 de mayo de 1991, fue sustituida, bien que con una argumentación sólo parcialmente coincidente con la mencionada a continuación, por la de 23 de diciembre de 1991) y 13 de diciembre de 1988, no tienen reparo en sostener que el Ayuntamiento acometía la obra de construcción del aparcamiento subterráneo (y la consiguiente determinación del modo de explotación) en su condición de propietario de la plaza y, por tanto, del espacio subterráneo a que se extendía el aparcamiento proyectado. Argumento que, de agotar su coherencia, debiera postular la bondad de la reversión solicitada, en modo alguno improcedente si acaba por concluirse en la propiedad del subsuelo por el Ayuntamiento, subsuelo que, en consecuencia, también integraba la expropiación efectuada en su momento.

3. Reveladora de esta concepción del subsuelo es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de octubre de 2002, que reitera, según dice, la de 11 de marzo de 1998. La impugnación versaba sobre un acuerdo municipal que había procedido a la alteración de la calificación de una finca integrada por “el espacio cúbico inferior correspondiente al subsuelo, computado a partir de la rasante”, tras de lo cual se había inscrito como bien patrimonial en el inventario municipal. El pronunciamiento que se reseña declara la disconformidad a derecho de la referida alteración porque el Plan General sólo permitía la construcción de aparcamientos subterráneos “por medio de concesiones administrativas o por empresa pública” en el subsuelo de las fincas destinadas a jardines públicos y plazas, de suerte que la actuación llevada a cabo únicamente podía efectuarse mediante una modificación del planeamiento. Sobre la base de este pronunciamiento, se anula a su vez (Sentencia de 6 de noviembre de 2002) la permuta que del subsuelo se había producido.

A) Pues bien, y ésta es la teoría general que importa subrayar, se enfatiza que “el subsuelo constituye el *sustrato natural* del suelo, por lo que en cualquier caso debe seguir su *misma condición*”. Esto es, si el suelo, una plaza pública, es un bien de dominio público, el subsuelo debe tener aquella misma condición demanial. Corolario: nada empece a que “el subsuelo de un bien inmueble de dominio público se destine a otras finalidades públicas”, siempre que éstas “resulten compatibles con su destino principal”, esto es, es admisible la figura de la “*mutación demanial* por la imposición de afectaciones secundarias”. De ahí la descalificación de la opción seguida en el caso concreto, no el establecimiento de una afectación secundaria y compatible con el destino fijado en el Plan, sino una alteración de la calificación jurídica otorgada por aquél en virtud de la desafectación e inscripción en el inventario municipal del bien con el carácter de patrimonial.

Esta alteración, se dice, no es admisible, pues la afectación resulta del propio Plan y el subsuelo ostenta “la misma naturaleza que el suelo”, de modo que la alteración llevada a cabo (desafectación e inscripción como bien patrimonial) se traduce en que las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que caracterizan al demanio se vean “comprometidas”, pues la conversión de un bien demanial en patrimonial puede traducirse en su enajenación, operación que comportaría una “inadmisible estratificación

de la propiedad del suelo, en la que la titularidad del subsuelo, sustrato natural de los espacios públicos, correspondería a particulares”.

B) La doctrina extractada se vierte en la Sentencia de 11 de marzo de 1998, que la de 30 de octubre de 2002 incorpora como propia, con ocasión de un supuesto en el que el Plan General no establecía un concreto destino del subsuelo. Circunstancia que sí concurría en el caso analizado por esta última, la referida construcción de aparcamientos por medio de concesión administrativa o por empresa pública (determinación de la que se infiere el carácter público de aquéllos), por lo que, *a fortiori*, la operación efectuada, la conversión en bien patrimonial mediante un acto singular de desafectación, no sólo contraviene formalmente el Plan General, sino que, además, no respeta la modulación que el Tribunal Superior da por buena en relación con el suelo de bienes de dominio público, la imposición de afectaciones secundarias en el subsuelo compatibles con la naturaleza demanial del bien, al hacer posible, en virtud de la oportuna desafectación, la existencia de estratificaciones (suelo público, subsuelo privado o particular) que se juzgan de todo punto incompatibles con el carácter demanial del suelo.

C) El discurso de la Sentencia de 30 de octubre de 2002 puede extractarse al hilo de las siguientes proposiciones:

– “El subsuelo constituye el sustrato natural del suelo, por lo que en cualquier caso debe seguir su misma condición.”

– “El subsuelo de un bien inmueble de dominio público” puede destinarse “a otras finalidades públicas, siempre que resulten compatibles con su destino principal”, en una suerte, pues, de “mutación demanial”.

– Esta “afectación secundaria y compatible” con el fin o destino asignado en el planeamiento no puede, en consecuencia, “procede(r) a la alteración de la calificación jurídica” del subsuelo, mediante su desafectación e inscripción en el inventario municipal como bien patrimonial”.

– Alteración, en consecuencia, que no resulta admisible, al derivar la afectación del propio plan urbanístico, y ostentar el subsuelo “la misma naturaleza que el suelo”.

– Y alteración que, a mayor abundamiento, comprometería “las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que caracterizan al demanio”, pues la calificación (efecto inherente a su desafectación) del “subsuelo de los bienes inmuebles de dominio público” como bien patrimonial, abriría las puertas a “su enajenación a terceros”.

– Enajenación que comportaría “una inadmisibles *estratificación* de la propiedad del suelo, en la que la titularidad del subsuelo, sustrato natural de los espacios públicos, correspondería a particulares”.

– La alteración de la calificación jurídica del subsuelo, por tanto, no puede ser el objeto de un mero acto administrativo (de desafectación), sino que exige de la previa modificación del planeamiento, aun en el supuesto de que éste no contenga “previsión expresa sobre el uso del subsuelo del espacio público”.

– La admisión, por ende, de la desafectación por acto administrativo comportaría “una reserva de dispensación contraria al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos”.

4. Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de marzo de 1998 y 30 de octubre de 2002 reflejan, como las del Supremo de 14 de mayo y 30 de noviembre de 2002, y de las que más abajo se hará la oportuna reseña, una concepción *maximalista* del subsuelo (público). Éste no sólo es de propiedad pública sino que ostenta la misma condición que el suelo suprástane, bien de dominio público, por tanto, si lo es (singularmente, zona verde o espacio libre) el que se asienta en la superficie del terreno. Y ello aun cuando (Sentencia de 11 de marzo de 1998) el Plan de Urbanismo no contenga previsión específica en relación con el destino del subsuelo, como, a mayor abundamiento, sí hacía en el caso resuelto por la Sentencia de 30 de octubre de 2002, en tanto que el subsuelo se concibe como sustrato y proyección natural del suelo. Un subsuelo, por consiguiente, respecto del que no se acepta otra titularidad que la pública, salvo, como se desprende de la Sentencia últimamente citada, y aun esto con más que fundadas dudas y reparos, que se proceda a la pertinente modificación del planeamiento.

VII

1. Este entendimiento del subsuelo de los bienes de dominio público municipal tiene su reflejo en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Un reflejo parcial, pues a una coincidencia inicial, sigue una discrepancia, radical en apariencia, aunque, bien mirado, de tono menor al que pudiera desprenderse de los términos en que aparece formulada. Una doctrina que sintetiza la Resolución de 5 de abril de 2002, resolutoria del recurso gubernativo interpuesto frente a la calificación del titular del Registro de la Propiedad número seis de Oviedo que había denegado la inscripción registral de un complejo inmobiliario integrado por un bien de dominio público municipal, una zona verde, y el aparcamiento privado que pretendía localizarse bajo su superficie.

EL SUBSUELO DE UN BIEN INMUEBLE DE DOMINIO PÚBLICO PUEDE DESTINARSE A OTRAS FINALIDADES PÚBLICAS, SIEMPRE QUE RESULTEN COMPATIBLES CON SU DESTINO PRINCIPAL

2. El aparcamiento privado traía causa de un previo acto de desafectación del subsuelo por el Ayuntamiento, que había procedido a la alteración de la calificación jurídica de éste, para inscribirlo en el inventario municipal como bien patrimonial, y respecto del que, en tal condición, se solicita la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad, solicitud a la que se adjuntan los estatutos del complejo inmobiliario que pretendía constituirse, integrado por la zona de equipamiento superior y el aparcamiento subterráneo situado debajo.

3. La denegación de la inscripción registral diferencia la del subsuelo y la del complejo inmobiliario pretendido.

A) En relación con aquél, el subsuelo, la denegación, una vez producida la desafectación, se amparaba en que ésta no es inscribible por “no recaer sobre una finca registral, sino sobre un volumen absolutamente diferenciado de la finca superior que le sirve de soporte [...] absolutamente desconectado de la superficie terrestre”, razón por la que no puede constituirse como finca independiente.

B) Por lo que se refiere a la del complejo inmobiliario, las razones aducidas se pueden sintetizar así:

– Es inviable la inscripción, tras la segregación producida, del complejo inmobiliario como agrupación o comunidad de propietarios, al amparo del artículo 24.2.b) de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, en la redacción introducida por la Ley 8/1999, de 6 de abril, porque dicho precepto, según resulta de su tenor y antecedentes, sólo es de aplicación a los complejos inmobiliarios privados, así como por la dificultad de que coexistan dominio público y dominio privado sobre elementos comunes [artículos 2.c) y 24.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, versión de 1999].

– En todo caso, y aun cuando fuere de aplicación el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal a los complejos inmobiliarios públicos o mixtos (ya por analogía, ya por el principio de autonomía de la voluntad, de corto alcance en materia de derechos reales y en relación con entes públicos), no puede hablarse en puridad de complejo inmobiliario, “por no reunir los requisitos establecidos para ser considerado como tal, pues no hay pluralidad de fincas materiales, edificaciones o parcelas [artículo 24.1.a)] ni un verdadero punto de conexión entre las fincas y titulares, constituido por elementos comunes propter rem [artículo 24.1.b)], pues “sólo es elemento común los forjados del aparcamiento y no hay obligaciones comunes, ya que (...) todas las obligaciones sobre los elementos y servicios comunes recaen sobre la finca ... (aparcamiento)”.

– A la inscripción del complejo inmobiliario pretendido se alcanzan idénticos obstáculos a los expuestos en relación con la del subsuelo-bien patrimonial una vez producida la desafectación, a saber, la pretensión de constituir aquél en finca independiente dissociada del suelo de la finca registral, que, se dice, contraviene las normas reguladoras del derecho de propiedad en cuanto a extensión y accesión (artículos 360 y 363 y siguientes

del Código Civil), cuyo contenido esencial es objeto de reserva de ley (artículos 33.2 y 53.1 de la Constitución).

– En suma, de llevarse a cabo la inscripción del complejo inmobiliario se establecerían entre el dominio público y el privado unas relaciones de comunidad que entrañarían limitaciones al dominio público en favor del privado, circunstancia que se traduciría en una alienabilidad, siquiera parcial, de alguna de las facultades del bien de dominio público.

4. A) Frente al criterio del Registrador, la Resolución de 5 de abril de 2002, síntesis de la doctrina del Centro directivo, afirma que ningún obstáculo se alza a la constitución, en régimen de propiedad horizontal, de acuerdo con la variante o especie de los complejos inmobiliarios, de una que aglutine (en términos registrales) la zona verde, o suelo, y el aparcamiento subterráneo, o subsuelo, ambas configuradas como fincas registrales, con la particularidad de que aquélla es definida como finca matriz, en tanto que esta última es el resultado de una operación cumplida por el propietario del suelo (y, por consiguiente, también del subsuelo, que aparece, así, como “modificación de la extensión normal del dominio de la finca matriz” o suelo), a saber, su desafectación.

Este último extremo requiere de alguna explicación. Si la zona verde o predio supratente es un bien de dominio público y si el subsuelo se concibe como “extensión normal del dominio” de aquélla, la entrega de aquél, del subsuelo, en régimen de propiedad privada a los particulares, demanda su previa desvinculación del régimen demanial, esto es, su conversión, desafectación mediante, en un bien patrimonial –de titularidad pública–, presupuesto necesario de su transmisión dominical a la propiedad particular.

B) Esta desafectación da lugar al surgimiento de una “unidad subterránea segregada”, que, aun cuando no suponga una “finca material o física”, en la medida en que “suelo y subsuelo forman parte de la misma finca física”, sí cabe atribuirle la consideración de “finca inmaterial o registral”, que guarda con la finca matriz la necesaria vinculación o conexión. Una vinculación que evidencia el “punto de conexión” entre ambas existente, y que desde el punto de vista registral se traduce en que “en el folio abierto al suelo público constará la configuración como bien patrimonial de parte del subsuelo”, así como en el pertinente a este último “la finca matriz de procedencia”, el suelo, y en ambos folios las reglas o estatutos del complejo inmobiliario, cuya regulación lo es, precisamente, del punto de conexión que vincula al subsuelo con el suelo.

C) Un punto de conexión que no es otro sino el “elemento común” de que ambas fincas registrales participan, esto es, el forjado que vincula la plaza pública al aparcamiento subterráneo construido bajo aquélla. Más aún, la inexistencia de elementos comunes no es óbice, se dice, a la pretensión de constituir el complejo inmobiliario de que se trata, pues, a tal efecto, basta con que “los titulares de los elementos independientes participen, con carácter inherente a este derecho, en una comunidad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios” [artículo 24.1.b) de la Ley de Propiedad Horizontal, versión de 1999], esto es, es suficiente “la existencia de servicios generales” que

no sean “imputables individualmente a cada una de las fincas” para que pueda surgir el complejo inmobiliario en cuestión.

VIII

1. La concepción del subsuelo aquí defendida difiere de los planteamientos al uso tanto en los autores cuanto en los pronunciamientos de la jurisprudencia, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, así como en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Esta concepción, negativo de la crítica a las decisiones jurisprudenciales y doctrinales reseñadas (las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1987, 13 de diciembre de 1988 y 23 de diciembre de 1991; la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de octubre de 2002, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002), puede exponerse del modo que sigue.

2. De la extensión en sentido vertical de la propiedad de un fundo o terreno.

– El subsuelo no es una entidad jurídica, no es un objeto o cosa, en el sentido de los artículos 334 y 335 del Código Civil, sobre el que, en cuanto tal, pueda proyectarse la oportuna titularidad real (primaria), esto es, un derecho de propiedad.

– Por tanto, el suelo, en tanto que bien inmueble, no puede definirse, a fin de predicar un derecho de dominio o de propiedad del dueño de la superficie del terreno, como el *compositum* de dicha superficie y la porción que se encuentra debajo “susceptible” de ser utilizada de acuerdo con los medios de la técnica actual.

– De ahí que ningún sentido tenga hablar del subsuelo como “la parte” que se halla “más allá de la susceptibilidad de utilización por parte del propietario” [del suelo o, más propiamente, del terreno]. Porción o parte que vendría caracterizada así por la idea de “potencialidad” en cuanto a su utilización o aprovechamiento (siempre, en los términos de la técnica actual, y en la medida en que exista un “interés” del dueño).

– En consecuencia, el dueño del terreno (vale decir, de la superficie, pues, en este momento, ambos términos expresan la misma realidad) no es propietario “del subsuelo”, por la potísima razón de que ningún derecho (de propiedad) puede recaer sobre un objeto o cosa inexistente.

– La condición, pública o particular, del dueño (del terreno o superficie) es irrelevante: ni la Administración (en concepto demanial o patrimonial) ni los particulares son propietarios del subsuelo (más propiamente: del volumen o cuerpo de tierra, en la expresión del artículo 905 del Código Civil alemán, que se halla debajo de la superficie del fundo).

– Por hipótesis, de ser el “subsuelo” una cosa o bien, en sentido jurídico civil (caracterización que se niega), su propietario (*recte*: el *dominus* de la porción que se encuentra más

allá de la susceptibilidad de utilización por el propietario del suelo o terreno) sería, en concepto de inmueble vacante, el Estado (artículos 21 y 22 de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964 y 17 de la vigente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; y Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1982 –artículo 11 de la Ley del Patrimonio de la Generalidad de Cataluña de 1981–).

– Idéntica naturaleza (esto es, su no consideración de cosa o bien en sentido jurídico civil) ha de predicarse del espacio [aéreo]. Éste no puede identificarse con el vuelo, en el que meramente se engloban las “plantaciones y construcciones” (números 1º y 2º del artículo 334 del Código Civil; problemática la interpretación a este respecto del *au dessus* –simétrico del *au dessous*– del artículo 552 del *Code*, aunque, en puridad, con resultados no disímiles de los enunciados).

– La propiedad o dominio del dueño de un terreno (suelo, si quiere mantenerse esta expresión) se extiende, en los términos del artículo 350 del Código Civil, además de a la superficie, a “lo que esté debajo” de aquélla, esto es, cuevas, tesoros, aguas, minas, restos arqueológicos, ..., siempre que, naturalmente, estos bienes, en sentido propio, no estén demanializados (como ocurre, justamente, con los tres últimos de la ejemplificación que antecede).

3. Del *ius fruendi* del propietario de un terreno.

– La noción “cuerpo de tierra” de los Códigos germánicos, trasunto del criterio del interés, es, como se ha dicho, un concepto *medial*, *instrumental*: el aprovechamiento, esto es, la utilidad, ganancia o ventaja en que se cifra el interés que conforma el derecho, del fundo, finca o terreno (ya se encare desde una perspectiva estrictamente agrícola, ya incorpore la dimensión urbanística) requiere de una inexcusable proyección, que no extensión, espacial, aquélla sin la que la debida ganancia, utilidad o ventaja en que se traduce el derecho quedaría virtualmente despojada de contenido.

– Así entendida, la propiedad fundiaria no se extiende, aun cuando se proyecte, propiamente hablando, hasta donde *alcance* el interés del propietario. El interés define el contenido del derecho, luego la extensión hacia abajo de aquélla alcanza estrictamente hasta donde sea imprescindible para garantizar el uso que las leyes reconocen al suelo o terreno.

**LA JURISPRUDENCIA
CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVA AFIRMA
QUE EL SUBSUELO
INTEGRA EL TERRENO O
FUNDO Y QUE EL DUEÑO
DE ÉSTE EXTIENDE
SU DOMINIO A LAS
PORCIONES QUE SE
HALLAN DEBAJO
DE LA SUPERFICIE**

– En consecuencia, si bien el dueño de un terreno lo es, por ejemplo, también de una cueva que se halle debajo de su superficie, sus derechos urbanísticos (garajes, trasteros) son mera atribución del planeamiento, fuente idéntica a la de los derechos que integran los de vuelo *stricto sensu*.

– Unos aprovechamientos urbanísticos que surgen con carácter propio y autónomo, de modo diferenciado, en principio, de los ubicados en la superficie del solar o unidad de actuación de que se trate, y que, por tanto, pueden extenderse, así, *ad exemplum*, los aparcamientos o plazas de garaje, sin la precisa y concreta referencia espacial o geográfica que significan las superficies suprayacentes, dada la desvinculación jurídica entre aquéllas, las superficies o los terrenos propiamente dichos, y el espacio existente debajo de las mismas.

– Una desvinculación respecto de los aprovechamientos ubicados en la superficie que, sin embargo, no es óbice para que la legislación sectorial (así, la normativa sobre viviendas de protección oficial para con garajes y trasteros) pueda imponer la oportuna conexión en relación con la vivienda o edificación en superficie.

– Esta desvinculación entre la superficie y el subsuelo se traduce, como lógica consecuencia, en la no exigencia de concesión demanial para ubicar en los espacios situados debajo de los bienes de dominio público municipal los aprovechamientos de titularidad pública o particular.

– El derecho del dueño de un terreno o suelo se extenderá, por tanto, a evitar las inmisiones (profundidad de los túneles o ferrocarriles subterráneos y, en general, de cualesquiera obras públicas; altura de los vuelos de los aviones) que perturben el *ius fruendi* inherente a su derecho de propiedad.

– *Sensu contrario*, este *ius fruendi* no alcanzará a prohibir los aprovechamientos que, como resultado del ejercicio de las correspondientes competencias públicas, se ubiquen en el espacio que se halla debajo de su terreno y que no supongan una inmisión contraria al debido disfrute de su propiedad.

– Este derecho de oposición se ejercerá mediante las oportunas acciones negatorias y, en su caso, a través del ejercicio de la de responsabilidad civil extracontractual a fin de prevenir/restaurar las perturbaciones producidas y, en un segundo momento, lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios originados por aquéllas.

No, por tanto, mediante el ejercicio de las acciones posesorias de corte interdictal, hoy en el artículo 250.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, salvo que una lectura progresiva y desvinculada del tenor literal del precepto que consagra el sintagma “tutela sumaria de la tenencia y posesión de las cosas y derechos por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”, dé cabida a una interpretación que permita amparar la reacción frente a las inmisiones de que aquí se trata.

4. Del ejercicio de las competencias públicas.

– No siendo el “subsuelo” una entidad susceptible de apropiación, en tanto que no es, como se ha dicho, una cosa o bien en sentido jurídico civil, las “cosas” o “bienes” que surjan en la porción que se halla debajo de la superficie del terreno de un propietario (el subsuelo, en este sentido) y, en consecuencia, las oportunas titularidades sobre los mismos, son el resultado o producto jurídico del ejercicio de las competencias de la Administración, de las distintas Administraciones.

– En esta tesitura, por tanto, la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen “prioridad” o “preferencia” sobre los Ayuntamientos a la hora de provocar el surgimiento de estas nuevas entidades (cosas o bienes en sentido jurídico civil) en el llamado subsuelo.

5. Del subsuelo del dominio público municipal.

A) La tesis aquí defendida.

Antes se dejó sentado que la condición del propietario del terreno o superficie, ya público, ya particular, es irrelevante en la conceptualización del subsuelo. Ergo ni la Administración ni los particulares son dueños del subsuelo, se define, en las coordenadas del criterio del interés, como “volumen o cuerpo de tierra” o como “perímetro de protección” del suelo. La peculiaridad, no obstante, del dominio público municipal requiere detenerse en el tratamiento del espacio que se extiende debajo de su superficie, siquiera sea para concluir ... que no debe haber peculiaridad digna de relieve.

B) El entendimiento de la *jurisprudencia contencioso-administrativa*.

a) La *caracterización* de este entendimiento.

Conclusión que no ha de buscarse en la *jurisprudencia contencioso-administrativa*, que, justamente, se sitúa en las antípodas: el subsuelo del dominio público municipal (calles, plazas, zonas verdes) no sólo tiene un titular o dueño, la Administración municipal, sino que esta *propiedad* lo es con un muy concreto carácter o calificación, la demanial, precisamente. De donde se desprende, según lo ya reseñado, a modo de corolario:

– El subsuelo es dominio público porque es parte integrante del terreno o superficie de que, primariamente, se predica dicha condición o cualidad.

– La condición de dominio público del subsuelo no deriva, por tanto, de la atribución de la *afectación* de la superficie, dominio público *stricto sensu*.

– Esta circunstancia no es óbice para que al subsuelo puedan atribuirse *afectaciones secundarias* o compatibles con el destino o *afectación primaria* de la superficie.

– Esta compatibilidad es consecuencia de la *accesoriedad* del subsuelo respecto de la superficie.

b) La *articulación* de esta caracterización.

El casuismo jurisprudencial converge en los vectores antecitados. La construcción de esta doctrina ha venido propiciada por la controversia suscitada por la ubicación en el subsuelo de determinados aprovechamientos, de ordinario aparcamientos o garajes, y cuyo desenvolvimiento puede reconstruirse del modo que sigue.

a') La *titularidad* propietaria como mecanismo de defensa frente a las pretensiones reversionales de los expropiados.

Con anterioridad se concluyó en que el argumento que *ad abundantiam* emplearon las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1987, 13 de diciembre de 1988 y 23 de diciembre de 1991, a la hora de refutar la pretensión de reversión de los herederos de los expropiados, esto es, que el Ayuntamiento acometía la obra de construcción y explotación en régimen de concesión de un aparcamiento subterráneo en su condición de propietario de la plaza pública y, por tanto, del espacio subterráneo a que se extendía aquél, era innecesario y contraproducente.

Explicación: dicho argumento no podía sino abonar la bondad de la reversión solicitada, pues la expresa afirmación de que la propiedad del Ayuntamiento se extendía al subsuelo conllevaba la implícita de que éste, el subsuelo, había sido *efectivamente* expropiado como parte integrante de los terrenos, y sus locales, afectados al fin de la expropiación, la remodelación de la plaza de que se trataba.

b') La ubicación en el subsuelo municipal de construcciones de *titularidad particular*.

El aprovechamiento del subsuelo (municipal) con construcciones particulares, ya realizadas, ya meramente proyectadas, es la piedra de toque de la concepción reseñada. Una concepción de la que hay notables muestras tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, y cuyo arco de bóveda, sustentado, se dice, en el artículo 350 del Código Civil, es que el subsuelo es el sustrato o *proyección natural* del suelo, que, en consecuencia, debe seguir su *misma* condición, esto es, la de bien de dominio público cuando esta calificación derive del uso otorgado a la superficie, hasta el punto de que en alguna decisión del Supremo (Sentencia de 30 de noviembre de 2002) se habla de “*demanio público natural*” como caracterización del subsuelo.

Recordemos algunas de las consecuencias de esta caracterización:

– Un sótano construido en 1923 debajo de una vía pública debe seguir la condición de ésta, dado el carácter imprescriptible del dominio público (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1990). Sin duda, cabe inferir, aunque el argumento es ajeno

al pronunciamiento jurisprudencial, por aplicación del principio de accesión (artículos 360 y 363 y siguientes del Código Civil).

– Necesidad, en consecuencia, de que los aprovechamientos particulares ubicados en el subsuelo municipal (garajes, depósitos de combustible) dispongan de la oportuna concesión demanial (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985 y 20 de diciembre de 1986).

– Procedencia de la demolición del sótano construido sin licencia en el subsuelo de una vía pública, que, por ende, carecía de la oportuna concesión demanial (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1987).

– Pertinencia que, asimismo, se predica de la consideración como infracción urbanística de la construcción, en contravención de la licencia otorgada, de un muro de contención de tierras fuera de la alineación oficial y con invasión de terrenos destinados a vía pública, en el subsuelo, por tanto (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1989); infracción, asimismo, anudada a la construcción de una edificación bajo rasante, en cuanto cierre de parcela, que invade la vía pública (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1994).

– Improcedencia de que los garajes construidos (y abstracción hecha de la eventual indemnización que proceda) debajo de una vía pública sean susceptibles de configurar el pago, en cumplimiento de la obligación asumida de entrega al Ayuntamiento de un determinado número de aquéllos, pues el constructor sólo adquiere la propiedad de los ubicados debajo de las parcelas que le habían sido entregadas en permuta, no, por tanto, de los que se localizan en el subsuelo del dominio público municipal (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002).

– Necesidad de que por el Ayuntamiento se decida lo pertinente acerca de los aparcamientos subterráneos construidos sin licencia debajo de una vía pública, sin que el constructor tenga, pues, con carácter predeterminado un derecho a la oportuna legalización (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2002).

– Inviabilidad de la alteración por el Ayuntamiento mediante acto singular de la calificación del subsuelo de jardines y

**EL SUBSUELO ES EL
SUSTRATO O PROYECCIÓN
NATURAL DEL SUELO QUE
DEBE SEGUIR SU MISMA
CONDICIÓN, ESTO ES,
LA DE BIEN DE DOMINIO
PÚBLICO CUANDO ESTA
CALIFICACIÓN DERIVE DEL
USO OTORGADO A
LA SUPERFICIE**

plazas públicos, en cuya virtud se había procedido a su desafectación como bien de dominio público y a su ulterior inscripción en el inventario municipal como bien patrimonial a efectos de su ulterior transmisión, permuta mediante, a un particular para la construcción de aparcamientos subterráneos (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de marzo de 1998 y 30 de octubre de 2002; y de 6 de noviembre de 2002, que, como lógica consecuencia, anuló la permuta acordada). Inviabilidad que, sintetizando lo más atrás dicho, se sustenta en las siguientes razones:

Una, la alteración de la calificación pretendida compromete “las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que caracterizan al demanio”, al abrir las puertas, previa conversión en bien patrimonial, a “su enajenación a terceros”.

Dos, enajenación que comportaría “una inadmisibles *estratificación* de la propiedad del suelo, en la que la titularidad del subsuelo, sustrato natural de los espacios públicos, correspondería a particulares”.

Tres, la alteración de la calificación jurídica del subsuelo, por tanto, no puede ser objeto de un mero acto administrativo (de desafectación), sino que exige de la previa modificación del planeamiento, pues de lo contrario comportaría “una reserva de dispensación contraria al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos” aun en el supuesto de que aquél no contenga “previsión expresa sobre el uso del subsuelo del espacio público”.

C) Indiferenciación jurídica de los espacios que se hallan debajo del demanio municipal y de la propiedad privada, pública o particular (remisión).

La tesis que aquí se postula es el reverso o envés de la caracterización por la jurisprudencia contencioso-administrativa del subsuelo del dominio público municipal, tal y como aquélla ha sido descrita con anterioridad. Una tesis cuyo pormenor ha quedado expuesto en los apartados anteriores, amén de en el que sigue a continuación, y de la que, someramente, puede destacarse la *desvinculación* entre suelo y subsuelo, a efectos de la consideración propia y autónoma de los aprovechamientos ubicados en este último en relación con los que se localizan en la superficie del solar o unidad de actuación de que se trate.

Una desvinculación, por tanto, que tendrá, de un lado, una dimensión estrictamente espacial o geográfica, al poderse extender (así, de manera destacada, los aparcamientos o plazas de garaje) sin la precisa y concreta referencia que significan las superficies supras-tantes; y, de otro, sin sujeción a previa concesión demanial, dada la no consideración de dominio público del subsuelo de las superficies o terrenos que tengan esta calificación.

6. De la dinámica registral de los aprovechamientos subterráneos.

– En íntima conexión con el entendimiento que del subsuelo municipal tiene la jurisprudencia contencioso-administrativa, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado abunda en la sustantivación, e incorporación al derecho de propiedad

del titular de la superficie, del subsuelo como bien público, de dominio público, si bien susceptible de desafectación y, por ende, de su conversión en bien patrimonial.

– Una conversión o alteración de la calificación jurídica que se concibe como presupuesto necesario de una secuencia que, en el aprovechamiento prototípico de la construcción de aparcamientos o plazas de garaje, da paso a su transmisión a particulares y a la ulterior constitución de un complejo inmobiliario con la zona de equipamiento (bien de dominio público municipal) radicada en la superficie. Supuesto a que se contrae la Resolución de 5 de abril de 2002, síntesis de la doctrina del centro directivo al respecto.

– Es errónea la caracterización que, a los oportunos efectos registrales, hace la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando afirma que la operación cumplida por el propietario del suelo constituido como zona verde en relación con el subsuelo, esto es, la alteración de su calificación jurídica o desafectación, es una “modificación de la extensión normal del dominio de la finca matriz” (o suelo, en su concepción).

– De ahí que la constitución como finca registral de un aparcamiento subterráneo no quede supeditada a la previa “desafectación del subsuelo”, sobre el que ningún derecho de propiedad (ya demanial, en tanto que el “suelo” sea un bien de dominio público, ya patrimonial) ostenta el propietario del bien de dominio público suprayacente. Esta operación es, así, un acto nulo de pleno derecho *ex* artículo 62.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dado su “contenido imposible”.

– La construcción del aparcamiento subterráneo hace surgir la entidad, objeto o cosa “bien inmueble” así nombrada. Su calificación (bien demanial, bien patrimonial) vendrá dada por su destino: demanial si abierto al uso público (afectación que, además, en nuestro Derecho, presupone la titularidad pública del bien), y ello con independencia del concreto régimen de aprovechamiento al mismo anudado (explotación directa o por terceros; aprovechamiento por horas u otorgamiento de un aprovechamiento privativo mediante la oportuna concesión); patrimonial, en otro caso, pero, entonces, sin solución de continuidad, el aparcamiento será un bien de propiedad particular, no patrimonial de titularidad pública con aprovechamiento privativo de los particulares, pues entonces estaríamos en el supuesto anterior, ya desde el mismo momento de la adjudicación del contrato de construcción y explotación del aparcamiento.

– En suma, desde la perspectiva registral, el aparcamiento subterráneo (el “subsuelo”, por definición, ha dejado de existir, para dar paso a la entidad o cosa, bien inmueble, “aparcamiento subterráneo”) no es una “unidad subterránea segregada” de la finca matriz/suelo. Se trata de dos fincas independientes, entre las que la vinculación o conexión (sea para concluir en su afirmación, sea para sostener su negación) no deriva de la caracterización del subsuelo (*recte*: el aparcamiento subterráneo) como “extensión normal del dominio de la finca matriz”.

– Aquella vinculación o conexión dimana, a los efectos del complejo inmobiliario, de la presencia de “elementos comunes” o “servicios generales”, en el sentido que apunta

la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002, mas sin que de aquéllos deba concluirse en la procedencia del efecto pretendido, la constitución del complejo inmobiliario, pues aquellos elementos o servicios (no meramente comunes, aunque sí generales) son mera consecuencia de la construcción del aparcamiento, esto es, de la ejecución del planeamiento.

IX

En definitiva, y como se anunció al principio, las páginas que anteceden, no pretenden sino esbozar unas propuestas de reelaboración de un asunto sobre el que gravita una tradición cuyas muy concretas razones de afirmación de un poder jurídico y, por ende, político, han plasmado en una conciencia, la del, a despecho de las protestas al uso, carácter tendencialmente ilimitado, al menos hacia abajo, de la propiedad fundiaria. Las inmensas posibilidades técnicas hoy ya disponibles aconsejan, tanto jurídicamente, el desprendimiento del corsé que supone la vinculación de suelo y subsuelo, como económicamente, la más racional utilización de los espacios que se extienden bajo los terrenos, el tratamiento del subsuelo desde la perspectiva de la preconizada desvinculación, un subsuelo, por tanto, configurado como un mero espacio de proyección de las correspondientes competencias públicas, de cuyo ejercicio surgirán las oportunas entidades jurídicas objeto de las respectivas titularidades dominicales.

Nota.— Las páginas que anteceden constituyen un anticipo de un libro en elaboración, presentado como segundo ejercicio de las oposiciones a cátedras de Derecho Administrativo celebradas en la Universidad de Barcelona en septiembre-octubre de 2005. Esta circunstancia explica el que se haya prescindido de las necesarias en otro caso referencias bibliográficas, más allá de la mera mención a las posturas doctrinales concernidas.