

EL DOMINIO PÚBLICO: UNA REFLEXIÓN SOBRE SU CONCEPTO Y NATURALEZA, CINCUENTA AÑOS DESPUÉS DE LA FUNDACIÓN DE LA «REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA»

Por

FERNANDO SAINZ MORENO
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO: 1. *Clases de bienes públicos.* 2. *Concepto y naturaleza del dominio público.* 3. *Regulación por ley:* A) Competencia: a) Legislación básica. b) Legislación específica. B) Límites. 4. *Elementos:* A) Titularidad. B) Objeto. C) Afectación: a) Concepto. b) Afectación y titularidad. c) Criterio de la afectación. ¿Discrecionalidad? d) Clases de afectación. e) Mutaciones demaniales. f) La desafectación. D) Principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad: a) Inalienabilidad. b) Imprescriptibilidad. c) Inembargabilidad. E) Uso y protección.—III. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En este número 150 de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, que celebra los cincuenta años de su fundación, parece necesario hacer alguna reflexión sobre la naturaleza del dominio público, tema que en ella fue tratado constantemente, desde que en el primer número (enero-abril 1950) José Luis VILLAR PALASÍ publicó un artículo sobre la *naturaleza y regulación de la concesión minera*, cuya influencia ha sido y sigue siendo muy grande. Después, más de un centenar de estudios han contribuido a construir la doctrina española sobre el dominio público. Algunos de los trabajos publicados sobre problemas de carácter general son ya clásicos en nuestra doctrina. Así, además del citado de José Luis VILLAR PALASÍ, los de Manuel BALLBÉ PRUNES (*Las Reservas dominicales*, núm. 4, 1951), Manuel CLAVERO ARÉVALO (*La inalienabilidad del dominio público*, núm. 25, 1958), Rafael ENTRENA CUESTA (*Naturaleza y régimen jurídico de las rocas*, núm. 30, 1959), Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (*Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, núm. 13, 1954), Fernando GARRIDO FALLA (*Naturaleza y régimen de la propiedad de las aguas minero-medicinales*, núm. 42, 1963), Alejandro NIETO (*Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico*, núm. 56, 1968), Luciano PAREJO (*Dominio público: un ensayo de reconstrucción de una teoría general*, núms. 100-102, 1983) y otros muchos cuya cita sería extensa en exceso.

No todos los autores de la REVISTA coinciden en su concepción sobre el dominio público, pero, en conjunto, ofrecen una doctrina sólidamente fundada que ha determinado una regulación en general clara y adecuada del dominio público, como lo prueba la escasa jurisprudencia que se ha producido en esta materia. No cabe mayor elogio de una doctrina incorporada a textos legales que el de que apenas origine conflictos. Cuando eso sucede, no es una doctrina muerta, como increíblemente se ha llegado a decir; es, por el contrario, la más viva, la que más profundamente ha calado en la vida social. Comparémosla, por ejemplo, con el horror jurídico creado por la legislación urbanística, que al apartarse de una buena doctrina, clara y sencilla, ha originado una de las mayores confusiones de nuestra historia jurídica, provocando una abrumadora jurisprudencia, y sigue siendo la madre de casi toda la corrupción pública en España.

Por el contrario, la doctrina sobre el dominio público expuesta en los *Apuntes de la Cátedra del Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA* (varias ediciones) ha contribuido a consolidar un régimen claro del dominio público y ha reducido a niveles mínimos la conflictividad.

Ahora, sin embargo, se ha iniciado un proceso crítico, que constituye, pienso, un 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. Con esa finalidad recojo y actualizo en este artículo ideas expuestas en un comentario que he publicado sobre el artículo 132 de la Constitución española.

La Constitución española de 1978 ha incorporado a su texto el «dominio público» y ha subordinado toda la riqueza del país al interés general. Ha hecho bien. Una lamentable experiencia de expoliaciones, despojos, apropiaciones ilegales exigía una reacción enérgica: elevar a rango constitucional los principios del dominio público. El constituyente ha hecho lo que ha podido. Quizá no sea suficiente para frenar la sangría que hemos sufrido, pero más vale lo hecho que nada. El constituyente ha sido, además, previsor. Ya estaban en aquel momento abriéndose paso especulaciones sobre la más o menos ambigua disolución de los conceptos fundamentales con los que en España se han defendido y utilizado los bienes públicos. Esas teorías, con distintas variantes, intentan sustituir la concepción tradicional del dominio público, de origen francés, por una concepción de origen germánico sobre las cosas públicas o, incluso, por un mero juego de competencias que prescinde de la titularidad y del objeto del dominio. Tal cambio responde más a una especulación académica que a una necesidad real. Esa necesidad no existe. Es cierto que el

sistema germánico de las cosas públicas puede ser tan bueno como el francés del dominio público (sin que entre ellos existan, por otra parte, diferencias esenciales, como veremos), pero estando ya establecido uno, con una larga tradición y aceptación en múltiples normas de Derecho positivo, en la jurisprudencia y en la doctrina, más vale profundizar y mejorar su contenido que sustituirlo por otro cuyo resultado no va a ser, previsiblemente, mejor que el actual.

II. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

1. *Clases de bienes públicos*

Partiendo del principio básico de que «toda riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general» (art. 128.1), la Constitución recoge y garantiza distintas categorías de bienes: *a)* los de propiedad privada (arts. 33 y 53.1); *b)* los reservados al sector público (art. 128.2); *c)* los bienes patrimoniales de los entes públicos (art. 132.3); *d)* los bienes de dominio público en general, los comunales y los que integran el Patrimonio Nacional (art. 132).

Aunque todos los bienes están subordinados al interés general, algunos tienen, además, una sumisión específica a un determinado fin de utilidad pública. El artículo 132 de la Constitución se refiere a los bienes destinados especialmente al interés público, bien mediante su afectación (bienes demaniales en general, comunales y bienes del Patrimonio Nacional), bien, menos intensamente, mediante su incorporación al régimen administrativo de los bienes patrimoniales.

La distinción entre bienes patrimoniales y bienes de dominio público ha sido matizada por la introducción de una categoría intermedia, la de los «bienes patrimoniales afectos a fines públicos» (STC 166/1998, de 15 de julio). Tales bienes parece que deberían ser de dominio público puesto que están afectados a un fin público, pero el Tribunal Constitucional entiende que no lo son cuando su fin público (un uso, un servicio) no es lo suficientemente fuerte para convertirlos en demaniales, quedando, pues, como patrimoniales, si bien con la nota de inembargables.

2. *Concepto y naturaleza del dominio público*

La Constitución reserva a la ley la regulación del régimen jurídico de los bienes de dominio público y establece los principios que

han de inspirarlo. Establece, además, que ciertos bienes tienen el carácter de demaniales. No define, en cambio, qué se entiende por bienes de dominio público. El análisis, pues, de esta reserva de ley debe comenzar con la determinación del concepto de dominio público.

a) A los bienes de dominio público se les suele denominar también «bienes demaniales». Esta expresión, utilizada en el Derecho italiano (art. 822 del Código Civil: «Demanio pubblico»), ha arraigado en nuestra legislación (Ley del Patrimonio del Estado de 1964, art. 1, «... el carácter de demaniales»; Título IV, Capítulo II, «Mutaciones demaniales»; Ley del Patrimonio de la Generalitat de Catalunya de 1981, art. 2, «Bienes de dominio público o demaniales»). En cambio, no ha arraigado la expresión más confusa y carente de tradición de «dominialidad pública» o «bienes dominiales» (vid. Manuel BALLBÉ, voz «Dominio Público, en *NEJ*, y Luciano PAREJO, en varios estudios).

El dominio público al que se refiere la Constitución tiene en el Derecho vigente una configuración determinada por un conjunto de normas positivas y por una doctrina jurisprudencial y dogmática.

b) A la situación actual se ha llegado a lo largo de un proceso histórico cuyos orígenes pueden situarse en la clasificación romana de las cosas (*suma divisio rerum*) en cosas que se encuentran en el comercio de los hombres (*res intra commercium*) y cosas que están fuera del comercio (*res extra commercium*), bien por derecho divino (*res sacrae, res religiosae, res sanctae*), bien por derecho humano (*res publicae, res universitates, res communes omnium*). Esta distinción ha seguido en cada uno de los países del continente europeo una evolución diferente, aunque, sin embargo, la situación actual presenta entre todos ellos unos puntos de coincidencia notables. El examen detenido del sistema francés (*domaine public*) —que está en un proceso de revisión (vid. Jean DUBAU, *Le domaine public*, 4.ª ed., París, 1993; Javier BARCELONA LLOP, *Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia*, en esta REVISTA, núm. 137, 1995; Marta FRANCH I SAGUER, *Imbricación del dominio público y privado*, en esta REVISTA, núm. 139, 1996)—, del sistema alemán (*öffentliche Sachen*; vid. Hans Jürgen PAPIER, *Recht der öffentlichen Sachen*, 2.ª ed., 1984) y del sistema italiano (*beni demaniali e patrimoniali indisponibili*, artículo 42 de la Constitución; vid. Aldo M. SANDULLI, «Beni pubblici», en la *Enciclopedia del Diritto*) muestra más elementos comunes que diferenciales, pese a la extendida tesis de que la concepción francesa de la *dommanialité publique* se contrapone radicalmente a la concepción alemana de las *öffentliche Sachen*.

En todo caso, el Derecho positivo español se encuentra claramente dentro de la tradición latina (la influencia francesa fue estudiada por Recaredo FERNÁNDEZ VELASCO, *Naturaleza jurídica del dominio público según Hauriou. Aplicación de su doctrina a la legislación española*, en «Revista de Derecho Privado», núm. 8, 1921; y *Sobre la incorporación al Código Civil español de la noción de dominio público*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», núms. 8-11, 1942) y, no obstante las críticas a las que está sometido (vid. Alejandro NIETO, *Bienes comunales*, 1964, pág. 3; Luciano PAREJO, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, en esta REVISTA, núms. 100-102, 1983; Tomás FONT I LLOVET, «La ordenación constitucional del dominio público», en *Estudios en homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, vol. V, 1991; Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *La titularidad de los bienes del dominio público*, 1998), ha llegado a configurar una noción de dominio público que la Constitución y la legislación posconstitucional han asumido.

c) Esta noción se construye en base a los elementos de titularidad administrativa, afectación a un fin público y régimen jurídico especial.

a') Los bienes de dominio público son una de las dos categorías en que se clasifican los bienes que pertenecen a las Administraciones públicas. La legislación posterior a la Constitución (leyes que regulan el patrimonio de las Comunidades Autónomas y el de las entidades locales) han incorporado el mismo esquema conceptual: el «patrimonio» (en sentido amplio) de las Administraciones públicas está formado por todos los bienes, derechos y acciones que les pertenecen; los bienes se clasifican en bienes de dominio público y en bienes patrimoniales; son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público; son bienes patrimoniales todos los demás; unos y otros están sometidos a un régimen jurídico especial cuya base es la del derecho de propiedad, pero modificada por la aplicación de los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad (principios que rigen especialmente para el dominio público, pero también, en forma debilitada, para los demás bienes patrimoniales) y por la atribución a la Administración de ciertas prerrogativas (vid. STC 166/1998, de 15 de julio, FJ 11).

A la concepción patrimonialista del dominio público se ha opuesto con frecuencia la crítica de que el dominio público no cumple las funciones típicas de la propiedad, sino que su verdadera naturaleza jurídica es la de ser un «título causal de intervención», el fundamento de una potestad-función. Tal crítica, sin embargo, ha quedado en

gran medida compensada con la concepción hoy prevalente de la «función social» de la propiedad (art. 33.2 CE) y de la subordinación de «toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, al interés general» (art. 128 CE). Tanto el contenido de la propiedad privada como el contenido de la propiedad pública están determinados por el legislador. El contenido del derecho de propiedad, esto es, el conjunto de relaciones que la propiedad de un bien crea entre el titular y terceras personas, tiene que estar inspirado por el interés general, y ello tanto en el caso de la propiedad privada como de la propiedad pública. La diferencia entre una y otra es de grado: toda propiedad está subordinada al interés general, pero en unos casos con mayor intensidad que en otros. La propiedad privada ha de cumplir una «función pública», si bien no hasta el extremo de anular la utilidad meramente individual del derecho de propiedad (vid. Jesús LEGUINA, *Régimen constitucional de la propiedad privada*, «Revista de Derecho Privado y Constitución», núm. 3, 1994). Planteada así la cuestión, no parece que pueda existir objeción grave a la concepción patrimonialista del dominio público, pues tal concepción no es incompatible con la tesis del dominio público como «función» o como «título de intervención», sino que más bien la asume.

Otra crítica de la concepción patrimonialista es la que hace prevalecer sobre la titularidad dominical el juego de competencias que se ejercen sobre un bien de dominio público. Esta es la tesis de Julio GONZÁLEZ GARCÍA (*La titularidad de los bienes de dominio público*, Madrid, 1998), quien partiendo de la idea de que lo relevante no es la cosa en sí misma, sino la función a la que sirve, y de que esa función es el punto de la conjunción de normas dictadas por entes diferentes en atención a la competencia de cada uno, afirma que lo importante es coordinar esas competencias y no tanto la titularidad del dominio: su reconocimiento legal y constitucional sufre una tendencia a la difuminación. Sin embargo, tampoco parece que la mera articulación de competencias elimine la necesidad de que alguien sea el titular del dominio (normalmente, lo será el titular de la competencia más fuerte), alguien que lo defienda como cosa que cumple una función.

b') El criterio determinante del dominio público es el de la afectación o destino y no el de la naturaleza propia de los bienes. La tesis de la «afectación», como criterio determinante del dominio público, es la consagrada legalmente por nuestro Derecho positivo, dice Fernando GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 1982, pág. 474), si bien GARRIDO considera que la afectación es criterio necesario, pero no suficiente, pues hay bienes afectados a servicios públicos que, sin embargo, han de considerarse en el patrimo-

nio privado de la Administración (pág. 486), tesis que acoge la antes citada Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998.

El abandono del criterio de los «bienes de dominio público por su naturaleza» quedó claro en el debate de la Constitución. Tanto el Anteproyecto como el Proyecto de Constitución contenían la fórmula de que «en todo caso son bienes de dominio público por su naturaleza, la zona marítimo-terrestre, las playas, etc.», pero la Comisión del Congreso decidió eliminar ese criterio de determinación.

No obstante, es evidente que ciertos bienes de dominio público tienen una naturaleza más adecuada que otros para ser bienes demaniales (son los bienes que históricamente han sido calificados de bienes de uso común), razón por la cual las leyes los califican de bienes de dominio público por su género. En tales casos, cada uno de estos bienes entra en el dominio público desde el momento en que reúne las características tenidas en cuenta por el legislador, sin necesidad, pues, de un acto singular de afectación. Ahora, como dice el Consejo de Estado, «se llama dominio público natural al que lo es por mandamiento directo de la ley, sin necesidad de afectación especial. Pueden ser de dominio público natural tanto bienes y realidades de la naturaleza como productos artificiales de la técnica y el esfuerzo humano si así lo declara la ley, como los castillos y murallas» (Dictamen núm. 322/97, Recopilación 1997, pág. 678).

c') La relación entre el «dominio público» y la «Hacienda Pública» se ha aclarado en el Derecho vigente. A diferencia de lo dispuesto por la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, que incluía en ese concepto a los bienes patrimoniales (el art. 1 de la Ley de 1 de julio de 1911 dice: «Constituyen la Hacienda Pública todas las contribuciones, impuestos, rentas, propiedades, valores y derechos que pertenecen al Estado»), la actual Ley General Presupuestaria (Texto refundido, RD Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre) responde a una concepción monetarista de la Hacienda, incluyendo en ese concepto a las diversas clases de recursos que puede obtener la Administración del Estado. Su artículo 2.º dice que «la Hacienda Pública, a los efectos de esta Ley, está constituida por el conjunto de derechos y de obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus organismos autónomos». Y el artículo 22 concreta que «son derechos económicos de la Hacienda Pública y constituyen el haber de la misma: *a)* los tributos; *b)* los rendimientos procedentes del patrimonio; *c)* los productos de operaciones de la deuda pública; *d)* los demás recursos que obtenga la Hacienda Pública».

La misma distinción entre Patrimonio (público y privado) y Ha-

cienda rige en las Comunidades Autónomas. Los Estatutos de Autonomía distinguen, en términos semejantes, entre un Patrimonio (formado por bienes y derechos afectados a un fin público) y una Hacienda (formada por ingresos monetarios). Así, los Estatutos de Autonomía del País Vasco (arts. 42 y 43), de Cataluña (arts. 43 y 44), de Galicia (arts. 43 y 44), para Andalucía (arts. 55 y 56), para Asturias (arts. 43 y 44), etc., y la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, mantienen esta distinción entre recursos y patrimonio. Su artículo 4 enumera los recursos de las Comunidades, entre los cuales figuran los ingresos procedentes de su patrimonio, definido en el artículo 5.2 («el constituido por los bienes de su propiedad, así como por los derechos reales o personales de que sea titular, susceptibles de valoración económica, siempre que unos y otros no se hallen afectos al uso o al servicio público»), como las tasas cobradas por la utilización del dominio público (art. 7.2).

Y la misma distinción existe en el ámbito del Régimen Local, cuya Ley Reguladora 7/1985 distingue entre el «patrimonio de las entidades locales», compuesto por bienes de dominio público y bienes patrimoniales (art. 78), y las «haciendas locales», formado por los «recursos» necesarios para sus fines (art. 106). El régimen jurídico de unos y otros es, también, distinto [art. 5, letras D) y E)].

En el Derecho positivo español la Hacienda Pública no incluye, por tanto, a los bienes que integran el Patrimonio de las Administraciones públicas (bien sean bienes demaniales, bien sean bienes patrimoniales), pero sí, en cambio, a los rendimientos que procedan de ese Patrimonio. Aunque los bienes públicos pueden producir ingresos, ésa no es su finalidad esencial ni es determinante de su régimen jurídico. Para los bienes públicos lo determinante es su destino a fin de utilidad pública. En este sentido, Fernando SAINZ DE BUJANDA distingue entre «patrimonio privado», «patrimonio público» y «patrimonio financiero» (*Sistema de Derecho Financiero*, tomo II, 1985).

3. *Regulación por ley*

La reserva de ley que establece el artículo 132 de la Constitución exige determinar a quién corresponde, y dentro de qué límites, el ejercicio de esa competencia.

A) *Competencia.*a) *Legislación básica.*

Aunque la Constitución no lo declara de un modo explícito, parece claro que la interpretación del texto constitucional, junto con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la legislación vigente, permiten concluir que al Estado corresponde dictar la legislación básica de desarrollo del artículo 132 de la Constitución. Ahora bien, el hecho de que cada uno de los Estatutos de Autonomía contengan un precepto estableciendo que el «patrimonio» de la Comunidad (entendido éste en sentido amplio, comprensivo tanto de los llamados bienes «patrimoniales» como de los bienes «demaniales») se regulará por una Ley dictada por la Comunidad, suscita la cuestión del alcance de la competencia estatal y la de las Comunidades Autónomas. Los Estatutos de Autonomía establecen que el régimen jurídico del patrimonio (público y privado) de cada Comunidad Autónoma se regulará por una Ley de la Comunidad. La fórmula utilizada se suele repetir en ellos con pequeñas variantes y dice así: «El patrimonio de la Comunidad Autónoma, su administración, defensa y conservación serán regulados por una ley de la Asamblea...» (Parlamento, Cortes, etc.). Así, EA del País Vasco, artículo 43.3; EA de Cataluña, artículo 43.2; EA de Galicia, artículo 43.2; EA de Andalucía, artículo 55.2; EA de Asturias, artículo 43.3; EA de Cantabria, artículo 45.2; EA de La Rioja, artículo 33; EA de Murcia, artículo 41; EA de Valencia, artículo 50; EA de Aragón, artículo 47; EA de Castilla-La Mancha, artículo 43; EA de Canarias, artículo 46; Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, artículo 45.6; EA de Extremadura, artículo 56; EA de Baleares, artículo 55; EA de Madrid, artículo 52.

El Tribunal Constitucional, en una de sus primeras sentencias, la STC 58/1982, de 27 de julio (cuya doctrina ha sido confirmada por STC 150/1998, de 2 de julio), dejó claro que el artículo 132 CE no es una norma atributiva de competencias, sino una norma que establece una reserva de ley.

El Tribunal Constitucional, por consiguiente, distingue entre la propiedad pública de un bien y el ejercicio de competencias públicas que lo utilizan como soporte natural (SsTC 227/1988, 77/1984, 103/1989, 149/1991 y 36/1994), de modo que la distribución de competencias debe partir de lo dispuesto en los artículos 149.1 y 148.1 CE y en los Estatutos de Autonomía, tanto sobre la regulación de los bienes públicos como sobre las actividades que se realizan con ellos.

De modo que puede distinguirse entre las distintas clases de bienes para determinar las reglas de competencia, teniendo en cuenta que el Estado tiene competencia exclusiva sobre:

- la «legislación civil» (art. 149.18 CE), «dentro de la cual se halla, sin duda, el Libro II, Título I, Capítulo III del Código Civil, en el que se establecen los conceptos fundamentales de bienes de dominio público y patrimoniales» (SsTC 58/1982 y 150/1998);
- las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (art. 149.1.18 CE), que le permite, también, establecer el régimen básico de bienes públicos (SsTC 88/1982, 227/1988 y 149/1991);
- la «legislación básica sobre contratos o concesiones administrativas» (art. 149.1.18 CE) sobre bienes públicos (STC 227/1988).

Las Comunidades Autónomas tienen competencia para regular la administración, defensa y conservación de todos los bienes públicos y privados que constituyen su patrimonio y para ejercer las competencias propias sobre sectores determinados. En el ejercicio de esa competencia, todas las Comunidades Autónomas han aprobado leyes reguladoras de su patrimonio.

b) *Legislación específica.*

Por tanto, los Estatutos de Autonomía «subrayan la competencia legislativa sobre esta materia», «pero no la crean», esto es, «especifican por referencia a un texto legal concreto la competencia legislativa que cada uno de los Estatutos de Autonomía atribuyen con carácter genérico, por referencia a determinados sectores del ordenamiento, a materias determinadas o a fines generales»; concretamente, especifican la competencia que aparece en los Estatutos para el desarrollo legislativo «en el marco de la legislación básica del Estado» del régimen jurídico de la Administración de cada Comunidad. Habrá, pues, que examinar la legislación sectorial de que se trate para determinar la competencia respectiva; por ejemplo, aguas (arts. 148.1.10 y 149.12 CE y Ley 29/1985, de 2 de agosto), costas (arts. 148.1.6 y 149.1.20 CE y Ley 22/1988), carreteras (art. 149.1.4 CE y Ley 25/1988, de 29 de julio), etc.

Las Comunidades Autónomas pueden, también, en el ámbito de su competencia, regular los bienes de las entidades locales de la Comunidad, y éstas, dictar ordenanzas sobre sus propios bienes.

B) *Límites.*

La regulación legal del dominio público no puede contener elementos que puedan producir una lesión patrimonial contraria a la prohibición establecida por el artículo 33.3 CE («nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes») ni, menos, hacer desaparecer el derecho de propiedad privada mediante la declaración de que toda propiedad tiene el carácter de propiedad pública (art. 33.1 CE). El legislador, pues, al regular el dominio público, está sometido a los límites constitucionales que traza la coexistencia de una propiedad pública junto a una propiedad privada. Tales límites impiden que, en ningún caso, la regulación por ley del dominio público tenga un efecto confiscatorio, de modo que:

- la declaración por ley de que determinados bienes adquieren la condición de «demaniales» exige, cuando implique privación de derechos privados sobre tales bienes, que se proceda a la correspondiente indemnización;
- la regulación de las servidumbres y cargas que ha de soportar la propiedad privada colindante con bienes de dominio público no implique un perjuicio patrimonial sin compensación para los afectados (compensación en la que, naturalmente, habría que valorar el beneficio que, en su caso, pueda proporcionar al particular su vecindad con el dominio público de que se trate).

Está claro que la Constitución no garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes (la propiedad privada no es absoluta, toda la riqueza del país está subordinada al interés general, arts. 33 y 128 CE), pero la potestad del legislador para determinar los bienes demaniales no puede, sin infringir la Constitución, ejercerse desproporcionadamente, con sacrificio excesivo e innecesario de los derechos patrimoniales de los particulares» (vid. la STC 227/1988, relativa a la Ley de Aguas, 29/1985, y la Sentencia 149/1991, relativa a la Ley de Costas, 22/1998).

El límite que separa la intervención administrativa sobre un bien de la publicación o demanialización de ese bien es, en muchos casos, difícil de trazar. Se trata de una cuestión de grado en la que hay que tener en cuenta que el respeto formal de la titularidad del bien puede ir acompañado de un vaciamiento de las facultades dominica-

les. Sobre esta distinción es especialmente importante la STC 14/1998, de 22 de enero, sobre la Ley de Caza de Extremadura, 3/1990, y el voto particular a ella formulado. La Sentencia mantiene que dicha Ley no ha alterado la naturaleza de la caza, que sigue siendo *res nullius* (art. 610 CC), ni ha despojado a los propietarios de terrenos cinegéticos de sus derechos dominicales, sino que se ha limitado a establecer un régimen de autorizaciones administrativas, por lo que, añade la Sentencia, la expresión utilizada por el artículo 6 de la Ley de «concesión administrativa» es una desafortunada expresión. No se trata, dice, de una concesión de facultades o derechos de los que previamente la Administración haya privado a sus titulares para asumirlos y concederlos, sino, simplemente, del juego de una autorización administrativa de carácter reglado que se exige para el aprovechamiento cinegético privado de la caza. En cambio, el magistrado don José Gabaldón, en su voto particular, discrepa de la argumentación porque, a su juicio, la intervención administrativa es de tal intensidad que la Ley mencionada lo que hace es privar a los propietarios de los terrenos del aprovechamiento cinegético privado, por lo que, realmente, no se trata tanto de un sistema de autorizaciones como de una auténtica concesión, que es lo que, literalmente, la Ley dice.

4. *Elementos*

La Constitución reserva a la ley la regulación del «régimen jurídico» de los bienes de dominio público. La determinación del alcance de esta reserva obliga a interpretar lo que de la propia Constitución y de su contexto se deduce que forma el contenido típico del concepto de dominio público, esto es, aquellas cuestiones que deben ser reguladas por ley: A) Titularidad; B) Objeto; C) Afectación; D) Principios de inalienabilidad, de imprescriptibilidad, de inembargabilidad.

A) *Titularidad.*

El Derecho vigente configura el dominio público como una propiedad atribuida a un sujeto de derecho con personalidad jurídica pública. No existe en este sentido un dominio público de la Nación, ni de la colectividad, ni del pueblo, etc., entendidos estos conceptos en su sentido sociológico o político, sino que todo dominio público está atribuido a una Administración pública personificada. Cuando las leyes utilizan esas expresiones (por ejemplo, el art. 343 del Cód-

go Civil al referirse a los bienes de los pueblos) se entienden hoy referidas a las Administraciones territoriales correspondientes, salvo lo que más adelante se indica sobre los bienes comunales.

El Derecho positivo español ha optado por esta fórmula para configurar el dominio público. Después de aprobada la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la Ley de Bases de Régimen Local han incluido el dominio público como parte del patrimonio que pertenece a las Comunidades Autónomas o a las Entidades locales.

La titularidad del dominio público corresponde, en el Derecho positivo, a las siguientes Administraciones:

— A la Administración del Estado (Código Civil, arts. 338 a 340; Ley del Patrimonio del Estado, art. 113).

— A las Comunidades Autónomas. Los Estatutos de las Comunidades Autónomas establecen, con fórmulas semejantes, que cada Comunidad dispone de su propia Hacienda y de Patrimonio formado por los bienes afectos a los servicios traspasados y por los bienes adquiridos por la Comunidad. También se establece que el patrimonio se regulará por una Ley de la Comunidad. La Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, establece que los Reales Decretos de traspaso de servicios a las Comunidades Autónomas deberán contener, entre otras especificaciones, «el inventario detallado de los bienes, derechos y obligaciones de la Administración del Estado que se transfieran, con especificación de los datos que permitan la correcta identificación de los bienes inmuebles» (art. 18). Las normas y procedimiento a que han de ajustarse las transferencias del Estado a cada Comunidad se determinan en los Reales Decretos dictados para cada Comunidad en los que se especifica también el funcionamiento de la Comisión Mixta prevista en el Estatuto de Autonomía. Después, los Reales Decretos que aprueban los acuerdos tomados por esas Comisiones Mixtas sobre traspaso de determinadas funciones y servicios, contienen el inventario de los bienes patrimoniales y demaniales que se transfieren.

— A las Entidades locales (la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 establece en el artículo 79 que: «1. El patrimonio de las entidades está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que le pertenezcan. 2. Los bienes de las entidades locales son de dominio público o patrimoniales. 3. Son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público. Tienen la consideración de comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos»).

— En cambio, los organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) no son titulares de bienes de do-

minio público; sólo los reciben por adscripción. Los bienes de dominio público adscritos conservan su calificación jurídica originaria y únicamente pueden ser utilizados para el cumplimiento de sus fines. Los organismos públicos deben ejercer cuantos derechos y prerrogativas relativos al dominio público se encuentren legalmente establecidos, a efectos de su conservación, administración y defensa (arts. 48 y 56 de la LOFAGE, 6/1997, de 14 de abril). Las Universidades, sin embargo, pueden ser propietarias de bienes demaniales (art. 53.2 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto: «Las Universidades asumirán la titularidad de los bienes estatales de dominio público que se encuentren afectos al cumplimiento de sus funciones, así como los que en el futuro se destinen a estos fines por el Estado o por las Comunidades Autónomas. Se exceptúan en todo caso los bienes que integren el Patrimonio Histórico Artístico Nacional. 3. La administración y disposición de los bienes de dominio público, así como de los patrimoniales, se ajustará a las normas generales que rijan en esta materia»).

Los concesionarios de servicios públicos pueden utilizar, incluso de forma exclusiva, los bienes demaniales necesarios para la prestación del servicio, pero no tienen la condición de titulares de los mismos.

B) *Objeto.*

La Constitución no limita la clase de «bienes» que pueden ser objeto del dominio público, permitiendo que siga siendo válida la conclusión de BALLBÉ: «la noción de dominio público es independiente de la cualidad material de las cosas y, por ende, pueden integrarlo así las nudas porciones del suelo, los edificios, los bienes muebles y los incorporales o inmateriales».

Sin embargo, la aplicación del concepto de dominio público a objetos que no corresponden a su configuración legal tradicional puede ser perturbadora e inútil. Esto sucede, en mi opinión, cuando se aplica al espacio radioeléctrico, a la energía electromagnética o a la propiedad intelectual.

La calificación del espacio radioeléctrico como dominio público (o, según otra interpretación, de la energía electromagnética; vid. Carmen CHINCHILLA, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, 1986), pese a haber sido admitida por el Tribunal Constitucional (SsTC 12/1982, 168/1993 y 127/1994) y por el legislador (vid. Ley 11/1998, de 24 de abril, de Telecomunicaciones, arts. 7 y 61 y ss.), es

un caso de calificación errónea. La configuración de la utilización de las frecuencias hertzianas como una ocupación privativa del dominio público ha dado lugar a una polémica cuya raíz se encuentra en las distorsiones que el legislador y la doctrina han introducido, innecesariamente, en la noción de dominio público. Realmente, de lo que se trata es de utilizar los poderes de gestión de la Administración sobre el dominio público para regular la utilización de frecuencias. En Francia, el artículo 10 de la Ley de 17 de enero de 1989 (que modifica la Ley de 30 de septiembre de 1986), relativa a la libertad de comunicación, dispone que «la utilización de frecuencias autorizadas constituye un modo de ocupación privativa del dominio público del Estado»; pero este concepto no ha apagado la polémica, sino que, más bien, la ha encendido (vid. Bertrand DELCROS y Didier TRUCHET, *Controverse: les ondes appartiennent-elles au domaine public?*, «RFDA», 1989; Jean-Philippe BROUANT, *L'usage des fréquences de communication audiovisuelle et la domianialité publique*, «Actualité Juridique» —20 febrero 1997—). En España ha sucedido otro tanto con el artículo 7.º de la Ley 11/1998, de 24 de abril, de Telecomunicaciones (vid. Marcos F. FERNANDO PABLO, *Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad*, en esta REVISTA, núm. 143, 1997, para quien la aplicación de esta categoría es sólo un *nomen iuris* —falta de adecuación a su función institucional—). Otro tanto sucede con el intento de crear un «dominio público inmaterial de las invenciones y creaciones» (vid., sin embargo, Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Aproximación al concepto de derecho público inmaterial de los derechos sobre invenciones y creaciones*, en esta REVISTA, núm. 146, 1998).

C) *Afectación.*

La Constitución incluye dentro de la reserva de ley la regulación de la «desafectación» de bienes de dominio público. Aunque el texto del artículo 132 de la CE se refiere literalmente a la desafectación, no cabe duda que la reserva de ley cubre también a la afectación. Así lo exige la necesaria coherencia normativa de la regulación de la materia.

a) *Concepto.*

La afectación es un acto (expreso, tácito o presunto) de Derecho público por virtud del cual una cosa queda destinada a un fin de interés público (uso o servicio público) y adquiere la condición jurídi-

ca peculiar de bien de dominio público. La declaración puede ser del legislador o de la Administración en base a la ley; puede ser expresa, tácita o presunta, pero, en todo caso, produce un efecto especial, el de convertir una cosa en cosa pública. No es un simple reconocimiento de que algo es de utilidad pública, sino una declaración que altera la naturaleza jurídica del bien. La afectación, pues, tiene el doble sentido de imponer un destino y de producir una alteración en el régimen jurídico general de una cosa.

Situada en el contexto de la Constitución de 1978, la afectación se distingue de la «subordinación al interés general» y de la «reserva de recursos esenciales». *a)* La afectación es más intensa y específica que la mera «subordinación al interés general» que el artículo 128.1 de la Constitución impone a «toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titular». Este precepto impone a todos los bienes, «la riqueza del país», la sumisión genérica al interés general, tanto si los bienes pertenecen a entes privados (en cuyo caso, además, su propiedad está delimitada por la «función social» que las leyes determinan —art. 33.2 CE—) como si pertenecen a entes públicos. Tal sumisión opera como un límite para el legislador —no puede imponer una regulación manifiestamente contraria al interés general— y también como una habilitación —le autoriza a dictar regulaciones generales amparadas en el desarrollo de ese precepto constitucional—, pero no convierte en «pública» a toda la riqueza del país. La afectación, en cambio, produce una mutación en el régimen jurídico de los bienes afectados. *b)* La «reserva al sector público de recursos o servicios esenciales» (art. 128.2 CE) no constituye tampoco una afectación en sentido técnico, sino una limitación preventiva de la libre disposición de los recursos que podrá dar lugar o no a su conversión en bienes de dominio público. Ello sin perjuicio de la existencia de reservas de dominio público (vid. Manuel BALLBÉ, *Las reservas dominiales*, en esta REVISTA, núm. 4, 1951, y Javier BARCELONA LLOP, *La utilización del dominio público por la Administración: las reservas dominiales*, 1996).

La afectación es, pues, distinta de la mera vinculación de la propiedad privada por leyes, planes o actos que concretan su función social. Su configuración es similar en el Derecho español, en el Derecho francés (*affectation*) y en el Derecho alemán (*Widmung*), pese a la distinta concepción de las cosas públicas en uno y otro sistema (vid. Hans-Jürgen PAPIER, *Recht der öffentlichen Sachen*, 2.ª ed., 1984; Manuel GROS, *L'affectation, critere central de la domanialité publique*, «RDP», núm. 3, 1992).

Sin embargo, de la STC 166/1998 parece deducirse la existencia de una afectación debilitada que no convierte en bienes de dominio público los bienes patrimoniales destinados a un servicio público.

Ello no es así. En tales casos lo que sucede es que no existe afectación en sentido legal.

b) *Afectación y titularidad.*

El presupuesto de la afectación es la titularidad del bien a favor de una entidad pública. Sólo las entidades de Derecho público pueden ser titulares del dominio público. Esta es la doctrina que a la vista de nuestro Derecho tiene, a mi juicio, un fundamento más claro. Esto no quiere decir, sin embargo, que el titular del bien de dominio público tenga que ser, necesariamente, el mismo a cuyo favor está destinado tal bien. La afectación puede producirse en favor de un ente distinto del titular. Tales supuestos fueron estudiados por José Antonio GARCÍA-TREVIJANO (*Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español*, en esta REVISTA, núm. 29, 1959), quien analizó, utilizando el método inductivo, aquellos casos en los que existe una disociación entre titularidad y destino, o de ambas cosas a la vez (supuestos de disociación entre titularidad y afectación; de titularidad provisional y afectación definitiva; de sucesión en la titularidad; de cooperación y demanialidad; de coafectación; de afectación y concesión de servicios públicos), llegando a la conclusión de que hoy se puede hablar de dominio público y de condominio público; de titularidad demanial, y de cotitularidad demanial, al menos en el ámbito de la colaboración entre el Estado y las entidades locales. Pero, en cambio, no es posible en nuestro Derecho el reconocimiento de la titularidad a favor de un particular ni tampoco de un concesionario. Este último supuesto ha sido, sin embargo, más discutido, dado que los bienes propiedad del concesionario y destinados al servicio público concedido gozan de una situación peculiar (véase art. 107, núm. 6, de la Ley Hipotecaria). Ello ha dado lugar a distinguir la «afectación al servicio público» como una categoría distinta (vid. Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La afectación de bienes al servicio público*, Madrid, 1973).

Ahora bien, muchos de los supuestos que se suelen mencionar como casos de afectación a favor de un ente distinto del titular son supuestos de adscripción a favor de otro ente, no de afectación al mismo.

c) *Criterio de la afectación. ¿Discrecionalidad?*

La afectación a un fin de interés público se concreta, en nuestro Derecho, en un «uso» o en un «servicio» público determinados.

Constituye, pues, un «destino» específico, de tal manera que el cambio de destino constituye una «mutación demanial» y está sometido a un procedimiento especial (arts. 124 y 125 LPE).

El Código Civil distingue entre bienes:

- «destinados al uso público» (art. 339.1 y art. 455), como los caminos, canales, ríos, torrentes, plazas, calles, fuentes, obras públicas de servicio general, etc.;
- «destinados a algún servicio público» (art. 339.2 CC);
- «destinados a las necesidades de la defensa nacional» (artículo 341); y
- «destinados al fomento de la riqueza nacional» (art. 339.2).

El criterio de la afectación, entendido de un modo tan amplio, hace posible que el círculo de bienes que pueden entrar a formar parte del dominio público es amplísimo. Así entendido, resulta que ni el legislador tendría límite al definir por ley lo que son bienes de dominio público, ni la Administración al producir afectaciones singulares de sus bienes al dominio público. Podría ser objeto de una calificación de este tipo cualquier clase de bienes que tengan relación con una función pública (por ejemplo, bienes de servicio público pueden ser «los destinados directamente al ejercicio de funciones cuya titularidad corresponde al municipio o a la provincia» —art. 4 RBCL—, lo cual, puesto en relación con las funciones que la nueva Ley de Bases del Régimen Local atribuye a los municipios y a las provincias —arts. 25 y 31—, produce una amplísima variedad de supuestos). Esto plantea varias cuestiones: ¿Existe algún límite en la concreción material de los bienes afectados? ¿Todos los bienes de dominio público lo son en la misma medida?

— En un principio, la apreciación de lo que es necesario para el uso o el servicio público, para el fomento de la riqueza o para la defensa nacional, corresponde a quien tiene atribuidas estas tareas públicas. El margen de apreciación en estas materias es muy amplio, pero la discrecionalidad no es absoluta. El legislador tiene el límite que la Constitución traza al reconocer la «propiedad privada» (art. 33), la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38) y los derechos cuyo ejercicio se plasma en objetos corporales, como es el «derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica [art. 20.b)]. Tales límites son, sin duda, difíciles de precisar en abstracto, pero más fáciles a la vista del caso concreto, misión que corresponde al Tribunal Constitucional. La Administración está sujeta, también, a los límites generales que aquí traza la discrecionalidad administrativa, cuestión que ha estudiado

Angel SÁNCHEZ BLANCO (*La afectación de bienes al dominio público*, 1979).

— Cuestión distinta es la de determinar qué bienes concretos van a incorporarse al dominio público, pero aquí también la discrecionalidad técnica tiene un límite en la interdicción de la arbitrariedad. El problema que aquí se plantea será, generalmente, el del control de la «necesidad de ocupación» de los bienes que se expropián para su incorporación al dominio público.

— La gran variedad de bienes de dominio público obliga a considerar si todos ellos tienen la misma condición o si, por el contrario, existen o deben existir variantes en su régimen jurídico. La cuestión, en el Derecho español, tiene un significado más bien doctrinal. La teoría del dominio público es una construcción basada en múltiples normas especiales y no en una norma general. La Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 contiene algunas disposiciones generales en relación al dominio público estatal, pero no proporciona el mismo valor sistemático que el *Code de Domaine de l'Etat*, aprobado por Decreto 57/1336, de 28 de diciembre de 1957. Cada uno de los regímenes especiales tiene elementos diferenciadores según los distintos tipos de bienes y los destinos a que están afectados. Pero en todos existe, al menos, un núcleo que permite su caracterización como bienes demaniales (titularidad de una Administración pública, destino a un fin público y un régimen jurídico especial en el que, al menos, han de concurrir las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad). Dominio público es lo que se califica como tal, bien por el Derecho positivo, bien por actos de aplicación del Derecho positivo.

d) *Clases de afectación.*

Como hemos visto, la afectación en sentido estricto presupone la titularidad (anterior o coetánea) del bien a favor de una Administración pública. La incorporación del bien al patrimonio del ente administrativo puede haberse producido por cualquiera de los procedimientos admitidos en Derecho. La afectación puede producirse por ley (en los casos del llamado dominio público por naturaleza) o por actos concretos (en los casos del dominio artificial). En el primer supuesto la afectación consiste más bien en una «clasificación» de los bienes, mientras que en el segundo se trata de una aplicación concreta de las previsiones legales.

a') *Afectación por ley.* Las leyes pueden establecer que determinadas clases de bienes tengan el carácter de bienes de dominio pú-

blico. Así lo prevé la Constitución: «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley». Cuando esto sucede, la demanialidad se produce en el momento en que los bienes reúnen las características determinadas por la ley; por ejemplo, en el caso de la zona marítimo-terrestre, de las playas, el mar territorial, los recursos naturales de la zona económica, la plataforma continental, las aguas terrestres, las minas e hidrocarburos (Ley de Costas, 22/1988), el mar territorial (Ley de 4 de enero de 1977), los recursos naturales de la zona económica (Ley 15/1978), la plataforma continental (Ley de Costas, 22/1988), las aguas terrestres (Ley de Aguas, 29/1985), las minas e hidrocarburos (Ley de Minas de 21 de junio de 1973), el espacio radioeléctrico (Ley de Telecomunicaciones, 11/1998), los objetos arqueológicos (Ley del Patrimonio Histórico Español, 16/1985), etc. También puede la ley declarar que *bienes determinados* tengan el carácter de demaniales (por ejemplo, disponiendo su incorporación al Patrimonio Nacional). Sin embargo, si tales bienes no tienen previamente la condición de patrimoniales es necesaria su expropiación, al no existir en nuestro Derecho bienes demaniales de titularidad privada. Ello sin perjuicio de que algunos bienes de titularidad privada puedan estar sujetos a una enérgica intervención administrativa, sin llegar a ser bienes demaniales (por ejemplo, los bienes declarados de interés cultural, LPHE 16/1985).

Entre los bienes demaniales por disposición de la ley, la Constitución incluye los que integran el Patrimonio Nacional y los bienes comunales. Al haber sido incorporados por la Constitución merecen una consideración especial:

a") El artículo 132.2 de la Constitución establece que la Ley regulará el *Patrimonio Nacional*, su administración, defensa y conservación. Mantiene, pues, separado del Patrimonio del Estado un conjunto de bienes que históricamente formaron el Patrimonio Real o Patrimonio de la Corona. La decisión de incorporar al texto de la Constitución este precepto no fue, sin embargo, clara. En un primer momento se incluyó dentro del Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico (art. 46); después se trasladó al artículo dedicado a los bienes de dominio público (art. 132.3). El proceso de decantación y regulación de estos bienes ha sido complejo y muy controvertido durante todo el siglo XIX (vid. Fernando COS GAYÓN, *Historia Jurídica del Patrimonio Real*, 1881, y Laureano LÓPEZ RODÓ, *El Patrimonio Nacional*, 1954). Finalmente, la Constitución de 1978 ha decidido mantener este Patrimonio separado del Patrimonio del Estado y sometido a una regulación legal propia. La Ley de 16 de junio de 1982 reguladora del Patrimonio Nacional establece que lo integran aquellos bie-

nes cuya titularidad es estatal y están afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las leyes les atribuyen (art. 2.1). Tales bienes aparecen enumerados en la Ley (art. 4): 1. El Palacio Real de Oriente y el Parque del Campo del Moro. 2. El Palacio Real de Aranjuez y la Casita del Labrador, con sus jardines y edificios anexos. 3. El Palacio Real de San Lorenzo de El Escorial, el Palacete denominado la Casita del Príncipe, con su huerta y terrenos de labor, y la llamada «Casita de Arriba», con las Casas de Oficios de la Reina y de los Infantes. 4. Los Palacios Reales de la Granja y de Riofrío y sus terrenos anexos. 5. El monte de El Pardo y el Palacio de El Pardo, con la Casita del Príncipe. El Palacio Real de la Zarzuela y el predio denominado «La Quinta», con su Palacio y edificaciones anexas; la Iglesia de Nuestra Señora del Carmen, el Convento de Cristo y edificios antiguos. 6. El Palacio de la Almudaina con sus jardines, sito en Palma de Mallorca. 7. Los bienes muebles de titularidad estatal, contenidos en los reales palacios o depositados en otros inmuebles de propiedad pública, enunciados en el inventario que se custodia por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional. 8. Las donaciones hechas al Estado a través del Rey y los demás bienes y derechos que se afecten al uso y servicio de la Corona.»

La *titularidad* de estos bienes está atribuida al Estado y no a la Corona, a diferencia, pues, de lo que sucedía en la legislación histórica española (art. 2). Pero la *afectación* principal determinante de su condición de bienes del Patrimonio Nacional consiste en su destino «al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las Leyes les atribuyen» (art. 2). Esta fórmula aparece más sintética en el artículo 8, letra j) («afectación de bienes muebles e inmuebles al uso y servicio de la Corona»).

Junto a esta afectación principal está prevista una afectación secundaria o concurrente, «en cuanto sea compatible» con la anterior, a «fines culturales, científicos y docentes» (art. 3). Consecuencia de esta afectación en la atribución al Consejo de Administración del Patrimonio, «la promoción de los fines de carácter científico, cultural y docente» a que se refiere el artículo anterior, así como el conjunto de medidas que la Ley prevé para preservar los bienes que tengan «valor o carácter histórico artístico» [art. 6, art. 8.k)].

Además, a partir de la Ley 44/1995, de 27 de diciembre, se ha reforzado la protección del valor ecológico de algunos bienes del Patrimonio Nacional. Para ello, se añadió al artículo 3 de la Ley 23/1982 un nuevo párrafo imponiendo al Gobierno la obligación de aprobar, a propuesta del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional,

un Plan de protección medioambiental para cada uno de los bienes con especial valor ecológico y, en particular, para el monte de El Pardo, el bosque de Riofrío y el bosque de La Herrería. Y se añade que sólo por Ley podrán desafectarse terrenos que se encuentren incluidos en esos planes de protección medioambiental (art. 3, apts. 3 y 4). Sin embargo, en relación al monte de El Pardo, el Plan de protección medioambiental afectará únicamente a los terrenos de dicho monte que tengan la calificación de rústicos.

El *régimen jurídico* de los bienes y derechos integrantes del Patrimonio Nacional está contenido en la Ley de 16 de junio de 1982 y, supletoriamente, en la Ley del Patrimonio del Estado. Tales bienes son «inalienables, imprescriptibles e inembargables, gozan del mismo régimen de exenciones tributarias que los bienes de dominio público y deberán ser inscritos en el Registro de la Propiedad como de titularidad estatal» (art. 6.2).

b") La Constitución ha querido proteger especialmente los *bienes comunales* incluyéndolos junto a los bienes de dominio público en el artículo 132. Esto significa la culminación, al menos en el plano normativo, no sólo del intento de salvar los bienes comunales en los lugares donde aún perduran, sino de generalizar esta fórmula de aprovechamiento de bienes en todo el territorio nacional. Y ello no por razones románticas, «sino por elementales razones pragmáticas». Alejandro NIETO (*Los bienes comunales*, Madrid, 1964) y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (*Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura*, en «ADC», 1976) han defendido que «los bienes comunales encierran la fórmula de la renovación agraria del presente y del futuro». En el mismo sentido, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (*En torno a los bienes comunales*, en esta REVISTA, núm. 84, 1977, donde llama la atención sobre el fenómeno de la dilapidación y aniquilamiento de los bienes comunales) y Eloy COLOM PIAZUELO (*Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, 1994). Sobre la protección de bienes y zonas concretos se han publicado monografías de gran interés. Por ejemplo, sobre la Comunidad del Valle de Salazar, el libro de Martín DUQUE, *La Comunidad del Valle, orígenes y evolución histórica*, Pamplona, 1963; Carlos HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico-administrativo de la Universidad del Valle de Salazar*, Pamplona, 1990 (vid. esta REVISTA, núm. 124, 1991, págs. 493 y ss.); sobre las Bardenas Reales, Martín María RAZQUIN LIZÁRRAGA, *El régimen jurídico-administrativo de las Bardenas Reales*, Pamplona, 1990 (vid. esta REVISTA, núm. 122, 1991, pág. 569); sobre comunales en Aragón, Antonio EMBID IRUJO, *La defensa de los comunales (planteamientos generales a partir de la realidad aragonesa)*, 1993.

La incorporación de los bienes comunales al texto constitucional ha dado lugar no sólo al establecimiento de una reserva de ley para su regulación, sino a la exigencia de que esa ley respete los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, y, sobre todo, la imagen misma de tal clase de bienes, esto es, aquellos caracteres que permiten decir que tienen la condición de «comunales». Si la Ley pudiera regular de cualquier modo esos bienes (aunque respetara las reglas de la inalienabilidad, de la imprescriptibilidad y de la inembargabilidad) no tendría sentido haberlos incluido en la Constitución, pues tal inclusión no les prestaría protección alguna en cuanto «comunales». Es preciso, pues, determinar aquello que caracteriza a estos bienes y que los diferencia de los bienes de dominio público y de los patrimoniales. La Constitución ha reconocido su carácter singular al mencionarlos separadamente de los bienes de dominio público y de los bienes patrimoniales. Y el Tribunal Constitucional ha hecho lo mismo en su Sentencia de 2 de febrero de 1981 al decir que «los bienes comunales tienen una naturaleza jurídica peculiar que ha dado lugar a que la Constitución haga una especial referencia a los mismos en el artículo 132.1 al reservar a la Ley la regulación de su régimen jurídico».

El régimen vigente de los bienes comunales está inspirado en la idea básica de que lo esencial es la «comunidad de aprovechamiento y disfrute»; comunidad de tipo germánico o en mano común, por tanto indivisible e inalienable, regulada por el Derecho administrativo. El disfrute de estos bienes está atribuido a los vecinos («tienen la consideración de comunales aquellos bienes cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos», art. 79.3 de la LBRL y art. 75 TRRL), aunque no siempre sea suficiente la mera condición de tal (a veces se exige la concurrencia de determinadas condiciones de vinculación, arraigo o permanencia).

La Ley de Bases de Régimen Local, 7/1985, de 2 de abril, no contiene un pronunciamiento sobre la titularidad de estos bienes. Se limita a declarar que tienen «la consideración de comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos» (art. 79). En cambio, el RBEL de 1986 declara que «los bienes comunales sólo podrán pertenecer a los Municipios y a las Entidades locales menores» (art. 2.4). Se excluye, pues, la posibilidad antes admitida de bienes comunales de titularidad provincial o, incluso, estatal.

La titularidad de estos bienes comunales no es, sin embargo, estrictamente municipal. La doctrina y la jurisprudencia han advertido que se trata más bien de una propiedad compartida entre el municipio y los vecinos de naturaleza jurídico-administrativa. Al municipio corresponde la administración, conservación y rescate de su patri-

monio y la regulación del aprovechamiento de los bienes comunales (art. 95 RBEL) y a los vecinos corresponde el derecho «a acceder a los aprovechamientos comunales» [art. 18.1.c) de la LBRL]. El juego de ambos derechos da lugar a una situación de titularidad compartida.

b') *Afectación por acto singular.* En el supuesto de que se incorporen al dominio público bienes que no se distinguen por sus características generales de otros semejantes o bienes que la Administración transforma o crea, la afectación se presenta bajo la forma de un acto administrativo. Resulta aquí aplicable, por tanto, la teoría general de los actos administrativos, pudiendo distinguirse las siguientes clases de afectación: a) afectación *expresa*, regulada para los bienes de la Administración del Estado por la LPE, artículos 113 y siguientes (que atribuyen la competencia al Ministerio de Hacienda, exigen «orden expresa» —art. 116— y «acta de afectación» —artículo 117— y un procedimiento especial —arts. 114 y ss.—); para los bienes de las Administraciones autonómicas por sus leyes sobre patrimonio (vid., por ejemplo, la Ley 7/1986, de 23 de julio, del Patrimonio de la Comunidad de Madrid, artículos 13 y ss.) y para los bienes de las Entidades Locales por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (arts. 8 y ss.); b) afectación *tácita* o *implícita*, prevista en los supuestos de expropiación forzosa (art. 119: «en las adquisiciones de bienes en virtud de expropiación forzosa la afectación se entenderá implícita en la misma») y de adquisiciones de bienes muebles para el servicio de que se trata (art. 92.2: «la adquisición llevará implícita, en su caso, la afectación de los bienes al servicio correspondiente»), y «cuando se derive expresa o implícitamente de actos administrativos dictados con iguales o mayores formalidades» (art. 8.3 RBEL); y c) afectación *presunta*, que se produce cuando: a') la entidad adquiera por usucapión, con arreglo al Derecho civil, el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso o servicio público comunal; b') o se utilizaren durante veinticinco años bienes de propios en uso o servicio público (art. 8.4 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, pero aplicable también por vía de los principios generales y de la analogía a los bienes de la Administración del Estado).

Este régimen general de la afectación por acto singular presenta variantes en los distintos supuestos de afectaciones de esta naturaleza. Así, por ejemplo, en materia de obras públicas en general, planificación urbanística, edificaciones, carreteras, vías pecuarias, etc.

e) *Mutaciones demaniales.*

Los supuestos en los que un bien de dominio público cambia de destino o se somete a un destino secundario, reciben en la LPE la denominación de mutaciones demaniales (arts. 124 y 125 de la Ley, y 225 y 226 de su Reglamento) y están sometidos al procedimiento establecido en la Ley para las desafectaciones, o bien al procedimiento especial que sea aplicable según la clase de bien (por ejemplo, bienes necesarios para la defensa nacional, Ley 28/1984; Dictamen del Consejo de Estado 3275/98).

Las mutaciones demaniales, en sentido estricto, no contradicen el principio de inalienabilidad, pero pueden dar lugar a la reversión del bien (vid., más adelante, esta cuestión y el artículo 54 LEF, modificado por Ley 38/1999).

f) *La desafectación.*

La desafectación es el acto contrario a la afectación y que produce el efecto de la pérdida de la cualidad de dominio público del bien en cuestión. La desafectación no implica, sin embargo, necesariamente, un cambio de titularidad.

a') Los *supuestos* de desafectación se presentan, por tanto, como la otra cara de los supuestos de afectación: a) Cuando la afectación se produjo por ley, la desafectación puede derivar de una modificación de esa ley (que deja de calificar como demaniales a esos bienes) o del cambio de las condiciones naturales de los bienes (desección de una marisma, agotamiento de una mina, mutación del cauce de un río, etc.); también puede producirse como consecuencia de una comprobación de los límites físicos de tales bienes (operación de deslinde) que dé lugar a la declaración de bienes sobrantes (arts. 122 y 123 de la LPE). b) Cuando la afectación se produjo por acto singular la desafectación puede producirse de forma expresa (art. 120 LPE), de forma tácita (acto que manifiesta una voluntad no formulada expresamente, pero inequívoca, de dar un nuevo destino al bien en cuestión) o de forma presunta (art. 8 RBCL: «se entenderá asimismo producida sin acto formal la desafectación del dominio público y de los bienes comunales, que se convertirán en bienes de propios, cuando hubieran dejado de utilizarse durante veinticinco años en el sentido de la afectación pública o comunal»).

b') Los efectos de la desafectación se manifiestan sobre la condición demanial de los bienes. Estos pierden su condición de bienes

de dominio público, pero no cambia, generalmente, la titularidad de los mismos. (Por excepción, el artículo 370 del Código Civil establece que «los cauces de los ríos que quedan abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno».) Los bienes pasan a ser patrimoniales o, en su caso, bienes de propios. Ahora bien, el cambio no se produce automáticamente, sino a través de un acto formal de recepción (art. 123 LPE: «La incorporación al Patrimonio del Estado de los bienes desafectados, incluso cuando procedan del deslinde de dominio público, no se entenderá efectuada hasta la recepción formal por el Ministerio de Hacienda de los bienes de que se trate, y en tanto la misma no tenga lugar, seguirán teniendo aquéllos el carácter de dominio público»).

La desafectación puede alterar los derechos o los intereses de quienes tienen una relación con los bienes en cuestión:

1) Cuando se trata de la situación de los concesionarios está prevista la garantía de sus derechos (art. 127 LPE: «Continuarán en la posesión de sus derechos los titulares de concesiones o autorizaciones otorgadas legalmente sobre bienes de dominio público cuando éstos pierdan su carácter por incorporarse al Patrimonio del Estado», aunque acomodado a la nueva situación en los términos que la Ley prevé) e incluso reconocido un derecho de preferencia para el caso de la venta de los bienes desafectados (art. 128 LPE: «Siempre que se acuerde la enajenación de bienes incorporados al Patrimonio del Estado, los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas cuando los bienes eran de dominio público, tendrán la facultad potestativa de adquirirlos con preferencia a toda otra persona»).

2) En cambio, cuando se trata de los intereses de los usuarios de bienes de dominio público, el Derecho vigente no ha dado solución adecuada a la lesión que pueden sufrir como consecuencia de la desafectación. No obstante, nada impide aquí la aplicación de las reglas generales de interdicción de la arbitrariedad y de responsabilidad patrimonial de la Administración.

D) *Principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.*

La Constitución ha incorporado a su texto (sin discusión en los debates parlamentarios) los tres principios clásicos que configuran el régimen jurídico de los bienes de dominio público. Tales bienes es-

tán fuera del tráfico jurídico privado. Ni la Administración ni los particulares pueden disponer libremente de los mismos en tanto que *conserven su carácter. Pero la Constitución no define lo que entiende por inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad*. Estos conceptos deben interpretarse, pues, en el contexto de la Constitución, esto es, a la vista del ordenamiento vigente del que esas nociones proceden. El elemento básico en que se inspira el Derecho vigente, tal como la Constitución lo ha recogido, es el de la «indisponibilidad» de los bienes de dominio público (y de los comunales, tal como resulta del texto constitucional). La Administración no dispone libremente de tales bienes ni los particulares pueden adquirirlos por los cauces generales de adquirir la propiedad (art. 609 del Código Civil). Fuera de los cauces de Derecho público establecidos por el ordenamiento vigente, los actos de disposición de esos bienes son nulos de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil; art. 62 de la LRJ-PAC, 30/1992).

La indisponibilidad se concreta en la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad. Al legislador corresponde concretar en qué consiste y qué alcance tienen cada uno de ellos. La exégesis de tales preceptos debe hacerse, pues, sobre la base del Derecho vigente.

a) *Inalienabilidad.*

a') El artículo 132.1 de la Constitución establece que la regulación legal del dominio público se inspirará, entre otros, en el principio de inalienabilidad. La Constitución se expresa en términos flexibles. No declara que la inalienabilidad sea una nota que deriva de la naturaleza peculiar de ciertos bienes, sino que es un principio que ha de inspirar su regulación por ley. Sólo en tanto en cuanto los bienes tengan la calificación de bienes de dominio público están sometidos a una regulación jurídica que impone su inalienabilidad. La inalienabilidad comienza con la afectación y termina con la desafectación. Eso explica que la Constitución haya incluido también dentro de la reserva de ley la regulación de la afectación.

a'') ¿En qué sentido hay que entender aquí la expresión «principio»? ¿Es uno de los principios generales del Derecho español a que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil? La respuesta afirmativa tiene a su favor el hecho de que el dominio público del Estado siempre se ha considerado inalienable, pese a que ningún precepto legal así lo declarara expresamente. En efecto, a diferencia de lo que ocurre

con los bienes de dominio público local, cuya inalienabilidad prescribe expresamente la Ley de Bases de Régimen Local (art. 80 y arts. 6 y 94 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales), los bienes de dominio público estatal no han estado sometidos a una regla semejante, pese a lo cual la doctrina y la jurisprudencia no han dudado en declarar que les eran aplicables las normas que regulan la situación jurídica de los bienes que están fuera del comercio (art. 1271 del Código Civil). La inalienabilidad ha jugado el papel, pues, de principio general del Derecho en esta materia.

b") La declaración de que la regulación del dominio público se ha de inspirar en el principio de inalienabilidad presupone que el dominio es básicamente una propiedad y que como tal podría ser enajenable. La inalienabilidad no está determinada por la naturaleza de las cosas objeto del dominio público, sino por el Derecho que las regula. Esta es la tesis que subyace en el precepto constitucional, el cual, por ello, establece que tal regulación habrá de inspirarse en el principio de inalienabilidad. La Constitución se ha pronunciado en favor de la técnica de la propiedad para configurar el dominio público, razón por la que somete a esa propiedad a ciertos límites. La inalienabilidad presupone la existencia de un propietario a quien, sin embargo, se le prohíbe enajenar.

c") ¿Es la inalienabilidad contradictoria con la noción de propiedad? Esto es, ¿puede concebirse el dominio público como una clase de propiedad, pese a que el titular de la misma no puede enajenar libremente la cosa objeto de su derecho? Todo depende de lo que se entienda por contenido esencial de la propiedad. Si la noción jurídica de propiedad incluyese la nota de la libre disposición de los bienes sobre los que recae tal derecho, no podría hablarse del dominio público como de una propiedad inalienable al servicio de un fin público porque no sería una «propiedad». Esta ha sido una de las objeciones que se ha opuesto a la concepción del dominio público como una clase de propiedad. Sin embargo, en el Derecho español, ni las cosas objeto de la propiedad pública son inalienables en términos absolutos (la desafectación hace pública su salida del régimen jurídico de las cosas públicas y su posterior enajenación), ni la propiedad privada es incompatible con ciertas restricciones a la libre enajenación de los bienes. Es cierto que, como regla general, la propiedad privada es, en nuestro Código Civil, una propiedad sometida a un régimen de plena libertad de comercio y que las normas que la regulan tienden a hacer libres las transacciones (por ejemplo, limitando las instituciones fideicomisarias —art. 781 CC— y declarando que no surtirán efecto las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar y aun la temporal, fuera del límite del segundo apartado

—art. 785.2 CC—), de modo que «el propietario pueda en todo momento convertir libremente en dinero su propiedad» (Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 1992, pág. 178). Pero esto no impide la validez de ciertas limitaciones, directas o indirectas, a la libre transmisión de los bienes. De una parte, las leyes desamortizadoras han sido derogadas expresamente, y el Código Civil establece que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases (art. 38); de otra parte, es posible, por ejemplo, la afectación de bienes al cumplimiento de fines de interés general, mediante la constitución de fundaciones (derecho garantizado por la Constitución —art. 34— cuyo ejercicio implica una limitación a la libre disposición de los bienes afectados, art. 29 del Real Decreto 2930/1972, de 21 de julio). No forma parte, pues, del contenido esencial de la propiedad privada la libre disposición de los bienes por su propietario. El *contenido esencial* del derecho de propiedad (art. 53.1 CE) no exige que todo propietario pueda ejercitar en cualquier momento la plenitud de las garantías de «gozar, disponer y reivindicar» que menciona el artículo 348 del Código Civil; pero sí exige que al menos esas facultades puedan recobrar su plenitud. «El dominio es el señorío abstracto y unitario sobre una cosa y no la suma de facultades de las que el propietario puede verse privado temporalmente, sin que por ello pierda la integridad potencial de su derecho, determinante de la posibilidad de recuperación efectiva de todas las facultades dominicales» (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1946). La plenitud potencial de dominación constituye —dice LA CRUZ comentando esa Sentencia— lo insuprimible de la propiedad (*Elementos de Derecho Civil*, tomo III, 1979, pág. 177). No parece, por tanto, que exista obstáculo, desde esta perspectiva, para configurar el dominio público sobre la base de la institución de la propiedad, aunque sea una propiedad inalienable en tanto que conserve el carácter de pública. La inalienabilidad producida por la afectación no es, por sí sola, una característica incompatible con la calificación de estos bienes como una clase de propiedad. La posibilidad de una desafectación opera potencialmente como una vía para la recuperación de la facultad de disponer.

d") En el Derecho público español, igual que en el Derecho francés (vid. Jean DUBAU, *Le domaine public*, 4.^a ed., 1993), la inalienabilidad del dominio público coincide inicialmente, al menos en parte, con la inalienabilidad de los bienes de la Corona (vid. Manuel CLAVERO ARÉVALO, *La inalienabilidad del dominio público*, 1958, págs. 22 y ss.). Pero la regla de la inalienabilidad absoluta no se incorporó a los textos constitucionales del siglo XIX. En ellos se sustituye por la garantía de que la enajenación de «las propiedades del

Estado» deba estar autorizada por una ley (Constituciones de 1837, art. 74; de 1845, art. 77; de 1856, art. 82; de 1869, art. 103; de 1876, art. 86; de 1931, art. 117), garantía que recoge la Ley de Contabilidad y Administración de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 (art. 6: «No se podrán enajenar ni hipotecar los derechos y propiedades del Estado sino en virtud de una ley»). Este último precepto se refería a todos los bienes del Estado, tanto los de dominio público como los patrimoniales. Ahora bien, como los primeros eran inalienables, no bastaba una ley para enajenarlos, siendo necesario que antes se procediese a su desafectación, salvo aquellos supuestos en los que la Ley de autorización implicase una desafectación. La derogación de la Ley de 1911 ha conducido a que la cuestión se plantee ahora en otros términos, como vamos a ver.

El artículo 132 de la Constitución establece una reserva de ley en materia de régimen jurídico de los bienes de dominio público y ordena que esa regulación legal se «inspire» en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. El Código Civil define los bienes de dominio público (art. 338 y ss.), pero no declara que sean inalienables. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no han dudado que el artículo 1271 es aplicable a estos bienes de dominio público por encontrarse fuera del comercio de los hombres. En cambio, en el ámbito local la inalienabilidad está proclamada expresamente (art. 188 de la anterior Ley de Régimen Local de 1955: «Los bienes de dominio público, mientras conserven este carácter, y los comunales serán inalienables, imprescriptibles e inembargables, y no estarán sujetos a tributación del Estado», y art. 81 de la vigente Ley 7/1985, de 2 de abril).

b') Inalienable significa no enajenable, esto es, no transmisible a otra persona. Las cosas inalienables están fuera del comercio de los hombres y, por consiguiente, no pueden ser objeto de contrato (art. 1271 del Código Civil). Su propietario no puede disponer de ellas, transmitiéndolas a otro, mientras conserven este carácter. ¿Es esto una prohibición dirigida al propietario? ¿Se trata de un límite a su capacidad o competencia? O, más bien, ¿la inalienabilidad es una característica que se predica del objeto y que lo excluye del tráfico jurídico? A diferencia de lo que sucede con los bienes patrimoniales, cuya enajenación está «prohibida» en tanto que no la autorice el órgano competente (arts. 61 y ss. de la Ley del Patrimonio del Estado), la enajenación de los bienes de dominio público es imposible jurídicamente en tanto conserven ese carácter. Su enajenación, por tanto, no constituye un negocio jurídico contrario a una prohibición o viciado de incompetencia, sino un negocio sin objeto posible (art.

1261.2, en relación con el 1271, del Código Civil). La inalienabilidad afecta al objeto mismo, que queda fuera del comercio de los hombres. No se trata, pues, de una prohibición administrativa sancionada con una medida de esa naturaleza, sino un elemento del *status* de la cosa (entendido esto, claro está, en sentido jurídico), de modo que la sitúa fuera del tráfico privado, del comercio de los hombres. No se trata de una cualidad intrínseca, sino accidental (Juan ALEGRE GONZÁLEZ, *La extracomercialidad y sus consecuencias jurídicas*, en «Revista de Derecho Privado», 1971), pero, en todo caso, que afecta a la situación jurídica de la cosa misma. La extracomercialidad supone la «pérdida» de la cosa (art. 1122.2.^a del Código Civil: «Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece, de modo que se ignora su existencia o no se puede recobrar»).

c') La regla de la inalienabilidad garantiza la vinculación del bien con la función pública a la que se encuentra afectado. Tal regla no implica la indisponibilidad absoluta del bien; sólo lo excluye del tráfico jurídico privado. La inalienabilidad es compatible con ciertos actos de disposición realizados por los cauces del Derecho público, tales como mutaciones demaniales, adscripciones, cesiones, permutas, sucesiones, concesiones, autorizaciones y algunas servidumbres.

a") Las *mutaciones demaniales* en sentido estricto consisten en el cambio de destino de los bienes (arts. 124 y 125 de la Ley del Patrimonio del Estado y arts. 225 y 226 de su Reglamento). Tal cambio no afecta ni a la titularidad de los bienes ni, tampoco, a su condición de bienes de dominio público. La mutación así entendida se produce dentro del dominio de un mismo ente administrativo, de modo que lo único que se produce es un cambio de competencia sobre el bien: pasa de la competencia de un órgano a la competencia de otro órgano.

El cambio de destino puede dar lugar a la reversión del bien si éste procede de una expropiación forzosa (art. 54 LEF). Sin embargo, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, ha modificado ese precepto para facilitar el cambio del fin de utilidad pública o interés social que motivó la expropiación sin que proceda el derecho de reversión.

b") Junto al cambio de destino dentro de la misma entidad cabe la *adscripción* de un bien al servicio de otro ente distinto, pero sin cambio de titularidad (por ejemplo, cuando se adscriben a un organismo público bienes del Patrimonio del Estado, arts. 80 a 83 LPE, arts. 48.3 y 56.3 LOFAGE, en cuyo caso los bienes «conservarán su

calificación jurídica originaria y únicamente podrán ser utilizados para el cumplimiento de sus fines»).

c") Situación distinta es la que se produce cuando cambia la titularidad dominical. En nuestro Derecho no parece posible que tal cambio tenga lugar por la vía coactiva de la expropiación forzosa. Los bienes de dominio público no pueden ser expropiados porque no tienen la condición de «propiedad privada» que la Ley de Expropiación Forzosa exige al bien que se expropia (art. 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954). Sin embargo, puede ocurrir que, como consecuencia de una expropiación por zonas, queden incluidos bienes de dominio público, produciéndose entonces una mutación demanial. Por ejemplo, la expropiación de terrenos para la construcción de una autopista afecta a parte de una calle (STS 14 de noviembre de 1984). Sí cabe, en cambio, que la transmisión de la titularidad derive de una cesión de Derecho público. La cesión o la permuta de bienes de dominio público, siempre que se garantice su destino, son compatibles con la regla de la inalienabilidad (arts. 71 y ss. LPE), aunque puede dar lugar a la reversión examinada en el párrafo anterior.

d") La «sucesión» de entes públicos en la titularidad de ciertos bienes es distinta de la cesión de los mismos. El Tribunal Constitucional ha marcado esta diferencia en su *Sentencia 58/1982, de 27 de julio*, al definir la posición jurídica de las Comunidades Autónomas (en concreto, la Generalidad de Cataluña) en relación a los bienes transferidos por el Estado. Dice la Sentencia que las transferencias del Estado a las Comunidades Autónomas «se producen como consecuencia del traspaso del servicio a los que los bienes (que de otra forma no hubieran podido ser cedidos sin una previa desafectación) estaban afectados. No se trata, por tanto, en rigor, de una cesión, sino de una sucesión parcial en el ejercicio de las funciones públicas entre dos entes de esta naturaleza. Las Comunidades Autónomas no son entes preexistentes a los que el Estado ceda bienes propios, sino entes de nueva creación que sólo alcanzan existencia real en la medida en que el Estado se reestructura sustrayendo a sus instituciones centrales parte de sus competencias para atribuir las a estos entes territoriales y les transfiere con ellas los medios personales y reales necesarios para ejercerlas. El Estado, como conjunto de las instituciones centrales, pierde las facultades que las Comunidades Autónomas ganan, y las transferencias de recursos de todo género, y en concreto de bienes inmuebles, de aquél a éstas no es, en consecuencia, producto de una cesión, sino, como antes decimos, consecuencia obligada de una sucesión».

e") La inalienabilidad no se opone al otorgamiento de concesiones o de autorizaciones sobre el dominio público porque éstas no

afectan, por regla general, a la propiedad de los bienes de dominio público (arts. 126 y ss. de la Ley del Patrimonio del Estado), salvo cuando se trata de concesiones de aprovechamiento o de explotación que permiten la apropiación de parte de los bienes concedidos. En cambio, la inalienabilidad no es compatible, por regla general, con la imposición de servidumbres sobre el dominio público, salvo que tales servidumbres sean compatibles con la afectación del bien de que se trata.

d') El incumplimiento de la regla de la inalienabilidad puede producirse tanto por acción como por omisión. En ambas cosas se plantea la cuestión de la eficacia de los actos que la infringen. La respuesta depende, en primer término, de la configuración de la regla de la inalienabilidad. Si ésta tuviese sólo por objeto garantizar de modo inmediato el destino público de los bienes podría mantenerse la validez de la venta, siempre que el adquirente quedase obligado a soportar todo lo que exige tal destino. Pero, como hemos visto, en el Derecho español el dominio público no está configurado como una especie de servidumbre que afecta a ciertos bienes, cualquiera que sea su titular, sino como una clase de propiedad. La inalienabilidad, por tanto, produce la exclusión de los bienes del tráfico jurídico privado y no se limita a garantizar la afectación o destino de los mismos. Por consiguiente, no son válidos los contratos contrarios a la regla de la inalienabilidad (art. 1271 del Código Civil) ni tampoco los actos, consentidos o no por la Administración, que la infrinjan (art. 6.3 del Código Civil). Cuestión distinta es la de si un uso contrario a la afectación puede producir una desafectación y con ello abrirse el camino hacia una transmisión del dominio, pero en tanto el bien es de dominio público, son nulos de pleno derecho los actos y contratos que infrinjan la regla de la inalienabilidad.

b) *Imprescriptibilidad.*

Una vez establecido que los bienes de dominio público están fuera del comercio de los hombres, es una consecuencia legal de lo anterior la que no puedan ser objeto de prescripción (art. 1936 del Código Civil: «Son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres»). A la misma conclusión se llega teniendo en cuenta que la prescripción adquisitiva se consigue por la «posesión de las cosas» (art. 1940 CC), y «sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación» (art. 437 CC). El dogma de la imprescriptibilidad del dominio públi-

co tiene por objeto la defensa de su integridad frente a posibles usurpaciones de los particulares que podrían llegar a imponerse por el transcurso del tiempo.

La Constitución ha recogido en su texto este principio. Pero ¿con qué alcance? Es sabido que al promulgarse la Constitución se había llegado a un cierto consenso sobre la naturaleza y efectos del principio de imprescriptibilidad: los bienes de dominio público, en tanto conservan ese carácter, son imprescriptibles, pero esto no impide que una posesión continuada por un particular en contra del dominio público llegue a producir su desafectación y posterior usucapión. Si la Administración no recupera la posesión de alguno de sus bienes y deja que un particular los ocupe sin título administrativo, se habría producido el abandono que, junto a la posesión de otro, daría lugar a la usucapión: *Domini adquisitio ex derelictione rei presunta dicitur usucapio*). Tal doctrina implica, pues, que el principio de la imprescriptibilidad tiene un límite en la misma construcción dogmática de la usucapión. La tesis de que en algunos casos la posesión contraria al destino público de los bienes y, en otros, esa posesión, junto con su degradación, puede conducir a la usucapión de los mismos fue defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA en un estudio, hoy clásico en el Derecho administrativo, publicado en el número 13 de esta REVISTA, en 1954 (reproducido en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, 3.ª ed., 1998). Este es, pues, el alcance del principio de imprescriptibilidad recogido por la Constitución. No existe fundamento para pensar que los constituyentes hayan querido cambiar el sentido que la imprescriptibilidad tenía en el momento de promulgarse la nueva Norma Fundamental.

c) *Inembargabilidad.*

La inembargabilidad de los bienes de dominio público, elevada a rango constitucional, es una consecuencia de la inalienabilidad. En el ámbito del dominio público estatal, tal regla ya se encontraba establecida en el artículo 15 de la derogada Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911 y en el artículo 18 de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964, y actualmente lo está en el artículo 44.1 de la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1091/1988 («Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública»). Este precepto cubre los bienes de la Hacienda Pública tal como los define el

artículo 2 de la misma Ley («La Hacienda Pública, a los efectos de esta Ley, está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico, cuya titularidad corresponde al Estado o a sus organismos autónomos»). En el ámbito del dominio público local la inembargabilidad está declarada en el artículo 80 de la Ley de Bases de Régimen Local, 7/1985, de 22 de abril, y en el artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales, 39/1989, de 28 de diciembre,

La STC 166/1998, de 15 de julio, ha declarado que la inembargabilidad sólo es constitucional cuando se refiere a bienes de dominio público, pero no a los patrimoniales, a no ser que los bienes patrimoniales estén afectados a un uso o servicio público, en cuyo caso son también inembargables. De esta Sentencia resulta, como ya hemos visto, que entre los bienes patrimoniales y los bienes de dominio público existe un tercer grupo, el de los bienes patrimoniales afectados a un uso o servicio público, que tampoco son embargables. Ahora bien, esta tercera categoría plantea la necesidad de concretar cuáles son esos bienes o, dicho de modo inverso, especificar cuáles son los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un servicio público cuyo embargo pueden acordar los Jueces y Tribunales. La citada Sentencia, refiriéndose a los bienes de las Entidades locales (se refiere a esos bienes porque resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación a los números 2 y 3 del artículo 154 de la Ley 39/1988, de Haciendas Locales, que impedían el embargo de los «bienes en general» de esa Hacienda), declara que las normas en vigor «permiten que el acreedor proceda a una adecuada individualización y selección de los bienes patrimoniales al instar el embargo (919 LEC), excluyendo correlativamente los demaniales, los comunales e incluso los patrimoniales que se hallen materialmente afectados a un uso o servicio público. Con lo que se salvaguarda no sólo la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también la eficacia de la Administración local y la continuidad en la prestación de los servicios públicos (art. 103.1 CE). Máxime si tal selección e individualización se halla sujeta a un obligado control jurisdiccional al acordarse el embargo». Para hacer posible esta individualización, la Sentencia recuerda la obligación de las Corporaciones locales de formar inventario valorado de todos los bienes y derechos que les pertenecen y de reseñar por separado los bienes según su naturaleza, lo que permite, también, diferenciar los bienes patrimoniales de aquellos bienes que están sujetos a una legislación especial (por ejemplo, los afectados al Patrimonio municipal del suelo, los montes vecinales en mano común, los de notable valor histórico, artístico, arqueológico, científico, cultural). Es, pues, necesario concretar en el auto de embargo los bienes que no tengan la condición de inembargables (STC 211/1998).

E) *Uso y protección.*

Forman parte del régimen jurídico de los bienes de dominio público las normas que regulan su uso y protección cuyo contenido es congruente con los principios expuestos. El examen de esas normas excede en mucho la extensión asignada a este artículo, pero no debe omitirse, al menos, un breve esquema de las mismas: *a)* El *uso* de los bienes demaniales realiza su destino y este destino es un elemento determinante de su carácter demanial. De las reglas específicas que regulan el uso de cada tipo de bien demanial adecuadas a su propio destino (aguas, minas, playas, carreteras, plazas, etc.) puede deducirse un esquema general: *a')* Utilización directa por la Administración con carácter instrumental para la prestación de servicios públicos. En estos casos, quienes reciben la prestación del servicio suelen utilizar el dominio público que es la base material del mismo, pero su posición jurídica es la de usuarios del servicio, no la de usuarios del demanio. *b')* El uso por los particulares puede ser común o privativo. El uso común puede ser, a su vez, general (el que corresponde a todos por igual) o especial (el que por razones de intensidad, peligrosidad, etc., requiere una previa autorización administrativa). El uso privativo en favor de algunos excluye o limita el uso por los demás, por lo que exige un título concreto, una concesión administrativa. *b)* La *protección* del dominio público está configurada, también, como la *protección* de bienes concretos de titularidad administrativa. La declaración general de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad necesita ir acompañada de prerrogativas administrativas que la hagan efectiva para: *a')* la determinación concreta de los bienes (investigación, inventario, inscripción, deslinde); *b')* la recuperación de los mismos (recuperación de la posesión, desahucio, acción reivindicativa); *c')* la vigilancia y sanción de las infracciones (policía demanial), y *d')* el resarcimiento de los daños causados al dominio público.

III. RECAPITULACIÓN

Nos encontramos, pues, ante una construcción muy acabada del dominio público, incorporada a la Constitución, a las leyes sobre el patrimonio de cada Comunidad Autónoma y de las Entidades locales, aplicada por los Jueces y Tribunales, bien entendida por la doctrina, y abierta a un proceso continuo de perfeccionamiento y adap-

tación. ¿Tiene sentido destruir todo esto? ¿Tiene sentido cambiar por cambiar, por el mero gusto narcisista de ser distinto? No lo creo. En España hemos sufrido y seguimos sufriendo las consecuencias desastrosas de la imposición legal de ideas originales aunque inviables, faltas de tradición y arraigo y, lo que es peor, de la claridad y sencillez que debe regir al legislador cuando regula relaciones sociales importantes. El desarrollo urbanístico español es un ejemplo muy grave. Normas que están vigentes formalmente pero que no se aplican, normas que requieren el asesoramiento de los muy enterados, de los muy introducidos, para actuar conforme o más bien al margen de ellas. Normas que cambian incesantemente creando un galimatías de disposiciones transitorias, origen de infinitos pleitos, de recursos sin fin, de la mayor inseguridad jurídica, de la convicción muy extendida de que aquí el derecho es una «referencia» más, de que las soluciones hay que buscarlas por otra vía. Algo así no le debe suceder al dominio público. Por ello:

— Negar que el dominio público tenga un objeto patrimonial y convertirlo en un espacio *res nullius* sobre el que se ejercen diversas competencias coordinadas carece de sentido y de utilidad. Para coordinar el ejercicio de diferentes competencias no es necesario anular todo el juego de relaciones que configuran el dominio público (adquisición, afectación, conservación, uso, protección, desafectación) y sustituirlo por una entelequia vacía de contenido, a llenar, caso por caso, mediante pactos o convenios muy vulnerables a todo tipo de intereses.

— Intentar sustituir el sistema actual por el sistema alemán de las cosas públicas es un cambio innecesario y perturbador. El sistema alemán no se contrapone radicalmente al nuestro; se trata, también, en lo esencial, de una «propiedad modificada» por la «imposición de una servidumbre pública» mediante la «afectación a un fin público». Las ventajas e inconvenientes de ambos sistemas son en cierto modo compensables. Lo que se gana con uno se pierde con el otro. Pero la perturbación que produce el cambio es grave. La confusión que produciría el período transitorio no compensa el incierto beneficio que se espera obtener.

El principio básico del arte de legislar exige partir de la presunción favorable a la racionalidad del Derecho vigente, que sólo debe ser modificado cuando se han contrastado las ventajas que se esperan obtener del cambio (eliminación de los problemas que el Derecho vigente causa o solución de los problemas que el Derecho vigen-

te no puede resolver) con los inconvenientes que el nuevo Derecho puede producir, de acuerdo con el sentido común (Martin KRIELE, *Máximas para el arte de legislar*, Congreso de los Diputados, 1988). Pues bien, la valoración de la situación actual contrastada con las confusas propuestas de su radical reforma no supera, a mi juicio, las más elementales exigencias del principio enunciado.